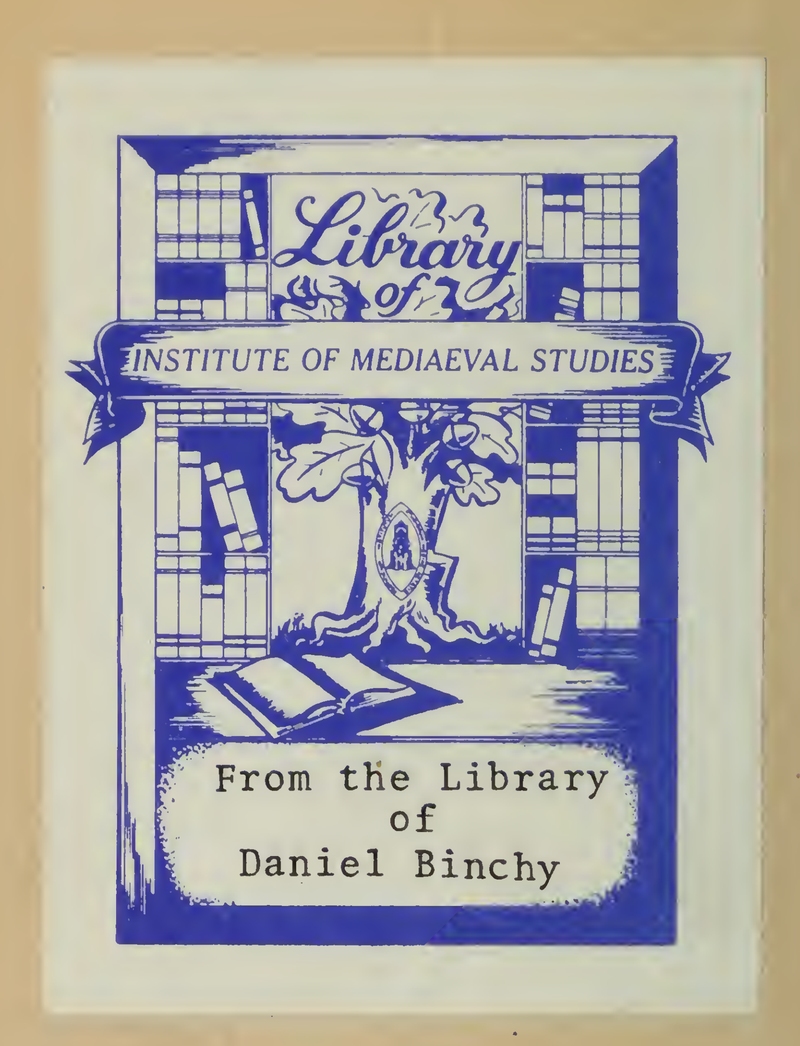
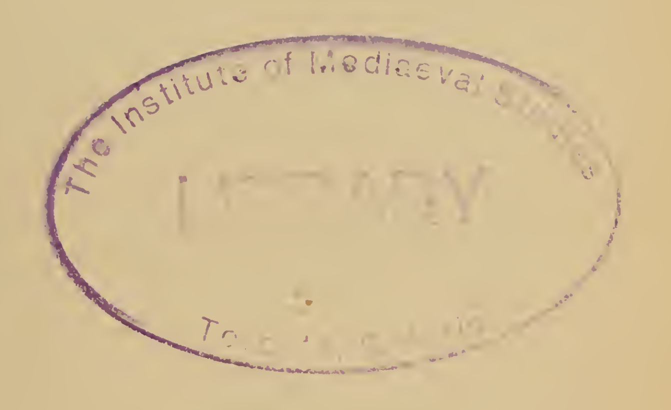
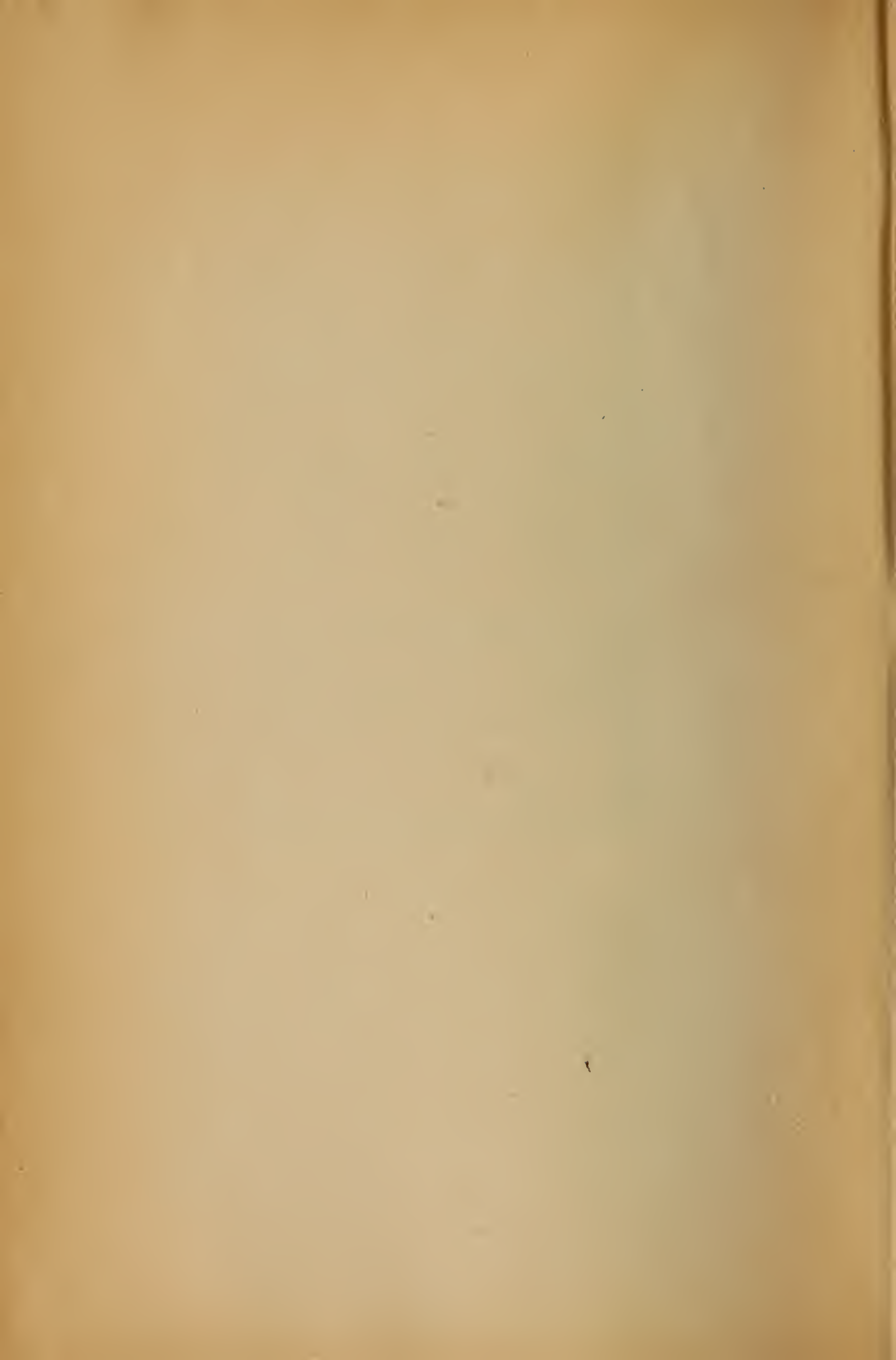





The Institute of Mediaeval Studies



ZEITSCHRIFT

FÜR

VERGLEICHENDE RECHTSWISSENSCHAFT

HERAUSGEGEBEN

VON

Dr. FRANZ BERNHÖFT
o. ö. Professor an der Universität Rostock

Dr. GEORG COHN
o. ö. Professor an der Universität Zürich, correspond. Mitglied der R. Accademia di Scienze, Lettere ed Arti di Padova

UND

Dr. JOSEF KOHLER
o. ö. Professor an der Universität Berlin, Geh. Justizrat, Auswärtigem Mitgliede des Königl. Instituts voor de Taal-Land-en Volkenkunde van Nederlandsch Indië, Correspondirendem Delegirten der Société Académique Indo-Chinoise zu Paris, Correspondirendem Mitglied der Société de Législation comparée in Paris und der Genootschap van kunsten en wetenschappen in Batavia, Ehrenmitglied des Istituto di Storia del Diritto Romano an der Universität Catania, Mitglied der Gesellschaft für Rheinische Geschichtskunde in Köln, LL.D. der Universität Chicago, Auswärtigem Mitglied der Utrechter Genossenschaften für Künste u. Wissenschaft, Correspondirendem Mitglied der Akademie der Wissenschaften des Institutes von Bologna, Ehrenmitglied der Hellenischen philologischen Gesellschaft in Konstantinopel u. der Società internazionale degl' intellettuali in Rom.

ZWEIUNDZWANZIGSTER BAND.



STUTTGART.

VERLAG VON FERDINAND ENKE.

1909.



Druck der Union Deutsche Verlagsgesellschaft in Stuttgart.

Inhalt.

I.

Die Entwicklung der Testierfreiheit im römischen Recht.

Von

Walter Erdmann,

Steglitz.

Das primitive Erbrecht ist etwas wesentlich anderes als das, was wir hierunter zu verstehen gewohnt sind, nämlich die Rechtsnachfolge in das Vermögen eines Verstorbenen.

Das primitive Recht kennt ein individuelles Vermögen entweder überhaupt noch nicht oder doch erst in sehr beschränktem Maße.

Das Wesentliche der Erbfolge ist vielmehr Herrschaftserwerb, nämlich derjenigen des Hausvaters über die Familie, und zwar in gleicher Weise an den Personen, den Familiengliedern, wie an den Sachen, dem Familienvermögen, an welchem dem Hausvater ein weitgehendes Nutzungs- und Verwaltungsrecht zusteht, während das Eigentum daran in den Händen der gesamten Familie liegt.

Mit dem Tode des Hausvaters erlischt nun aber seine Herrschaft und an seine Stelle treten jetzt ohne weiteres seine Söhne oder, falls solche nicht vorhanden, der nächste männliche Geschlechtsgenosse, der Bruder, der Oheim oder entferntere Verwandte des Verstorbenen.

Kann nun aber der Hausvater schon zu seinen Lebzeiten nicht seine Herrschaftsbefugnisse und sein Nutzungsrecht am

Familienvermögen beliebig an Fremde übertragen, so ist dies für den Fall seines Todes erst recht ausgeschlossen: mit seinem Tode ist ja seine Herrschaft zu Ende und schon von selber ein anderer an seine Stelle getreten.

Das primitive Erbrecht ist somit schlechterdings ausschließlich Intestaterbrecht; letztwillige Verfügungen sind jedem Volke, dessen Organisation nicht über den Geschlechtsverband hinausgekommen ist, unbekannt [1]).

Auch die arische Völkergruppe macht von dieser Regel keine Ausnahme: Der Gedanke der Testierfreiheit ist den altarischen Rechtsanschauungen durchaus fremd [2]).

Lediglich eine Verteilung des Hausgutes, das den Söhnen ja schon von ihrer Geburt an mitgehört, darf der Hausvater hie und da noch zu seinen Lebzeiten vornehmen, so in Indien und den altrussischen Prawdas [3]); ein eigentliches Testament ist aber keinem Stamme der arischen Gruppe ursprünglich bekannt.

Auch dem römischen Rechte war anfänglich das Testament zweifellos fremd.

Freilich liegt diese Periode sehr weit zurück, denn bis in die Anfänge der historischen Zeit ist das Testament in unseren Quellen bezeugt, und zwar tritt es uns schon in zwiefacher Gestalt entgegen, wir kennen die beiden Formen des testamentum calatis comitiis factum und des testamentum in procinctu.

Dieser immerhin etwas sonderbare Umstand [4]) nötigt uns

---

[1]) So vornehmlich Kohler in Holtzendorff, Enzyklop. I, S. 38; ferner Post, Grundriß der ethnol. Jurispr. II, S. 197 ff.

[2]) Leist, Altarisches ius civile II, S. 171 ff.

[3]) Leist, l. c. S. 172 ff.

[4]) Man hat ihn bekanntlich im Sinne einer völligen Testierfreiheit im ältesten römischen Recht zu deuten versucht. So Dernburg sen., Zur Gesch. d. röm. Test. 1821. H. Dernburg, Pand. III, S. 128. Allein diese Theorie steht mit den Resultaten der Rechtsvergleichung in so krassem Widerspruch, daß sich eine Besprechung erübrigen dürfte.

nun, etwas weiter auszuholen, indem wir die historische Entwicklung des ältesten römischen Testaments zu ermitteln versuchen müssen.

Wie wir oben gesehen haben, ist jedem nur wenig ausgebildeten Rechte, wohin wir auch blicken, lediglich eine Intestaterbfolge bekannt: Erben kann nur die Natur, nicht die menschliche Willkür schaffen.

Daß es auch anders sein könne, der Gedanke ist der Urzeit wahrscheinlich überhaupt nicht gekommen. Erst bei fortschreitender kultureller Entwicklung begann hierin allmählich ein Wandel einzutreten. —

Je mehr die Staatsidee an Boden gewann, desto mehr und mehr mußte die Geschlechterverfassung in den Hintergrund treten; je mehr sich die Einzelnen aber als Mitglieder eines Staates zu fühlen begannen, desto fremder wurden sie sich als Geschlechtsgenossen, desto gleichgültiger standen sie sich jetzt als Mitglieder eines Verbandes gegenüber, der ständig an Bedeutung verlor.

Dieses Bild des Kampfes der beiden miteinander ringenden Gewalten bietet nun das Rom der Königszeit, in die wir die Entstehung des ältesten Testaments versetzen müssen.

Wenn auch die Staatsidee schon allgemein anerkannt ist, ruht die eigentliche Macht noch in den Händen der Geschlechterverbände, der Kurien[5]), der auch der König, dem sonst ein unbeschränktes imperium zusteht, unterworfen ist, sobald es sich um eine Aenderung des bestehenden Rechtszustandes handelt.

Und obgleich die Geschlechterverfassung solchergestalt noch einen bedeutenden, ja wahrscheinlich ausschlaggebenden Einfluß besaß, so hatte sie sich dennoch in ihrem eigentlichen Wesen überlebt: die einzelnen Geschlechter waren so umfangreich geworden, daß eine Verwandtschaft der Gentilen untereinander nicht mehr nachweisbar war.

---

[5]) Mommsen, R. St.-R. III, S. 306.

Es mußte demnach jetzt schmerzlich empfunden werden, wenn man sich bewußt wurde, daß seine häusliche Herrschaft und die Sorge um den Familienkult nach seinem Tode, falls keine Söhne oder auch nur sonstige nähere Verwandte vorhanden waren, an die Gentilen übergehen würde, d. h. an Leute, die sich im großen und ganzen völlig fremd gegenüberstanden.

Das Anrecht der Geschlechtsgenossen war nun aber so fest gegründet, wurzelte so tief in den Anschauungen des Volkes, daß die private Willkür es nicht vernichten konnte.

Das Bestreben jedes Einzelnen mußte deshalb dahin gehen, bei seinem Tode Söhne zu hinterlassen, die an seine Stelle treten konnten.

Allein nicht selten versagt die Natur diesen Wunsch, und so mußte denn der Gedanke auftauchen, die Natur gleichsam zu meistern und jemanden an Sohnes Stelle zu setzen, der nicht sein Sohn war.

So halfen sich in der ältesten Zeit die germanischen Stämme [6]), dieselbe Praxis war dem älteren griechischen Recht eigentümlich [7]), und auch zu Rom wird ursprünglich die Arrogation der einzige Weg gewesen sein, sich einen Erben künstlich zu schaffen.

Allein auf Grund dieser Beobachtungen weitergehende Analogien zu konstruieren, ist ein mißliches Ding.

Denn wenn auch alle indogermanischen Völker unter sich verwandt sind und ihnen der Grundstock der Kultur gemein ist, so hat dennoch jedes einzelne Volk in Sprache, Sitte und Recht besondere, oft ihm allein eigentümliche Wege eingeschlagen, so daß es nicht angeht, Rechtsinstitute des einen Volkes durch Analogieschluß aus ähnlichen Instituten eines einzigen anderen Volkes dieser Gruppe zu erklären.

Und so werden wir auch den geistreichen Versuch

---

[6]) Brunner, Grundriß der D. R.-Gesch. 203/4.

[7]) Schulin, Das griechische Testament verglichen mit dem römischen 1882, S. 17 ff.

Schulins[8]) zur Erklärung des testamentum calatis comitiis entschieden als mißglückt bezeichnen müssen.

Das griechische Recht kannte nämlich neben der Adoption, der sogenannten εἰςποίησις, bei der der Adoptierte an die Stelle eines leiblichen Sohnes trat und wie dieser ipso iure Erbe wurde, eine sogenannte testamentarische εἰςποίησις.

Dieses Institut war indessen keine Adoption, es war lediglich die Veranlassung zu einer solchen. Der εἰςποιόμενος wird hierbei nicht der Adoptivsohn des Testators, infolgedessen auch nicht der Erbe desselben, es hängt dies vielmehr alles von dem nachträglichen Vollzug der εἰςποίησις durch das Votum der Gemeinde ab[9]).

Die griechischen und römischen Institutionen in Analogie setzend, erblickt nun Schulin in dem testamentum calatis comitiis eine letztwillige Adoption ähnlich der attischen εἰςποίησις, also eigentlich nur die Veranlassung zu einer erst post mortem testatoris vorzunehmenden Arrogation des Erben[10]).

Die Komitien nun seien nur zum Zwecke der Zeugnisleistung versammelt worden, und zwar zum Zeugnis darüber, daß die den letzten Willen enthaltende Urkunde an der richtigen Stelle deponiert worden sei, nicht über den Inhalt des Testaments, da zu dem Behuf eine Volksversammlung wohl am wenigsten geeignet war.

Zum Beweise dieser seiner Ansicht stützt sich Schulin neben anderen Stellen vornehmlich auf Dio Cassius 40, 51. wo von der Adoption des Octavian durch Testament Cäsars die Rede ist.

Allein über das angebliche Institut der adoptio per testamentum[11]) besitzen wir so wenig sichere Kenntnisse, daß man daraufhin keine Hypothesen bauen sollte.

---

[8]) L. c. S. 53 ff.; ferner derselbe Römische Rechtsgeschichte S. 457.

[9]) L. c. S. 20—22.

[10]) L. c. S. 53. — Cf. auch Sohm, Inst. S. 516.

[11]) Cf. hierüber: Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II, S. 246 bis 249 und das dort Angeführte. S. auch Girard, Man. S. 172 ff.

Zunächst schweigen nämlich die Juristenschriften vollständig, und es ist doch immerhin auffallend, daß sie ein derartig interessantes Institut so gänzlich ignorieren, denn auch der Einwand, daß es sich um antiquiertes Recht handle, das zu Beginn der Kaiserzeit außer Uebung gekommen sei, ist meines Erachtens nicht ausreichend.

Ebenso wie bei der Lehre vom Testament hätte doch auch bei der Adoption sicher der eine oder der andere der römischen Juristen jener veralteten Form wenigstens mit einer kurzen Notiz gedacht.

Zugegeben aber, daß es sich in der Tat um ein wirkliches Rechtsinstitut gehandelt hätte, so reicht doch kein einziges Zeugnis hiervon über das letzte vorchristliche Jahrhundert hinaus zurück.

Das testamentum calatis comitiis dagegen ist, wenn es auch länger, als gemeinhin angenommen wird, bestanden haben wird, dennoch spätestens im Laufe der letzten Hälfte des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts abgekommen.

Mit dem testamentum calatis comitiis kann die adoptio per testamentum daher unter keinen Umständen in Verbindung gebracht werden, umsoweniger als sich nirgend auch nur die leiseste Andeutung davon findet, daß der calatis comitiis eingesetzte Erbe in den Agnationsverband des Erblassers getreten wäre [12]).

Ebenso verfehlt ist es aber auch, wenn man mit Lambert [13]) das testamentum calatis comitiis mit dem fränkischen Adfatimus oder dem longobardischen Gairethinx auf eine Stufe stellt, und in ihm eine adoptio in hereditatem erblicken will [14]).

Adoption und Testament sind etwas Verschiedenes, das müssen wir festhalten, wenn auch zwischen beiden, wenigstens

---

[12]) Hölder, l. c. S. 34; Girard, Man. S. 798.

[13]) Lambert, La tradition romaine sur les formes du testament 1902, S. 25—43; 51/52.

[14]) Gegen Lambert vor allem: Appleton, Le testament romain 1903, S. 53—103; 109, A. 3.

zu Rom unbedingt ein Zusammenhang insofern besteht, als das testamentum calatis comitiis durch die fortentwickelnde Tätigkeit der pontifices, die sogenannte interpretatio, die sie dem Zivilrecht angedeihen ließen, aus der Arrogation entstanden sein dürfte.

Die Arrogation war nämlich durchaus kein bequemes Mittel, sich einen Sohn und Erben zu schaffen: nur gewaltfreie cives Romani puberes konnten dabei in Frage kommen[15]), und nicht jeder wird wohl ohne weiteres dazu bereit gewesen sein, sich noch einmal der strengen römischen patria potestas, mit dem ius vitae ac necis des pater familias, wie es ausdrücklich im Formular der Arrogation lautete, zu unterwerfen.

Hier setzte nun die Tätigkeit der pontifices ein.

Wurde ihnen, den als juristischen Beratern des Königs die Vorbereitung der Anträge in den Komitien oblag, ein Fall vorgetragen, in dem der in Aussicht genommene Wahlsohn nicht arrogiert werden konnte oder wollte, wohl aber dazu bereit war, des Antragstellers Erbe zu werden, insbesondere auch dessen sacra privata[16]) wie ein natürlicher Erbe zu übernehmen und fortzusetzen, kurz, lag der Fall so, daß die pontifices bei ihrer vorherigen cognitio causae nichts gegen ihn einzuwenden hatten, so werden sie den König bestimmt haben, in den Komitien[17]) die nunmehr dahin veränderte Rogation zu stellen, daß der Betreffende nicht mehr zu Lebzeiten des

---

[15]) L. 1, § 1 D. de adopt. 1, 7. Die adoptio im engeren Sinne ist erst ein Produkt der späteren röm. Juristen.

[16]) Sacra privata sind die den Ahnen und den Hausgöttern der Familie geweihten Heiligtümer, Opfer und Feste, die sich auf Ereignisse im Leben des Einzelnen bezogen: Geburtsfest, Hochzeit, Begräbnis, Erntefest etc. Cf. Pauly-Wissowa, Realenzyklop. s. h. v.

[17]) Der durch die Arrogation vorgenommene Eingriff in eine Familienverfassung war ebenso wie eine Kriegserklärung oder eine Dispensation von der gesetzlichen Kriminalstrafe bei der sog. provocatio ad populum eine Aenderung des bestehenden Rechtszustandes, die deshalb von der Zustimmung der Kurien abhängig war.

Antragstellers dessen Sohn, sondern nach seinem Tode der Herr seiner domus familiaque sein sollte.

Diese Hypothese vermöchte vielleicht die Entstehung des testamentum calatis comitiis am ungezwungensten zu erklären.

Wir haben hier die übliche römische Praxis, wichtige Neuerungen sich dadurch mundgerecht zu machen, daß man sie in der Form und dem Gewande des Althergebrachten einführte, und so erscheint auch das römische Testament in seiner frühesten Gestalt als eine Fiktion der älteren Arrogation.

Die pontifices behielten bei ihrer Neuerung die Form des Alten bei, und die Testamentserrichtung wurde so wie die Arrogation selbst in den comitia calata zu der Entscheidung der Kurien gebracht.

Da diese neue Institution aber wirklich einem Bedürfnis entgegenkam, so wird sie sich zweifellos allgemeinen Beifalls erfreut haben, und sobald sui heredes nicht vorhanden waren, durch konstante Anwendung bald Gewohnheitsrecht geworden sein.

Auf diese Weise wurde es aber auch ermöglicht, in das Testament gewisse Nebenbestimmungen, Zuwendungen an Dritte, Freilassungen etc. aufzunehmen, welch letztere man sich überhaupt nur dadurch erklären kann, wenn man in dem ältesten Testament ein Gesetz erblickt[18]).

Fassen wir nun das Gesagte zusammen, so ergibt sich, daß, nachdem in ältester Zeit eine Abweichung von der gewohnheitsmäßig sanktionierten Erbfolge unbekannt war, nach einer Uebergangsstufe, in der die Sukzessionsordnung durch Arrogation durchbrochen werden konnte, eine wirkliche, gewillkürte Erbfolge aufkam, die aber, aus der Arrogation organisch hervorgegangen, sich auch in deren Formen abspielte, mit anderen Worten: gleichfalls ein lex curiata war[19]). —

---

[18]) Mommsen, R. St.-R. III, S. 319.

[19]) Anderer Meinung, jedoch meines Erachtens mit Unrecht, ist Hölder, l. c. S. 36; desgl. Karlowa, R. R.-G. II, S. 851, die wegen

Ueber der zweiten hochaltertümlichen Testamentsform, dem sogenannten testamentum in procinctu, haben die neuerdings zu Verona aufgefundenen Vergilscholien [20]) nun insofern das Dunkel gelichtet, als dieses Testament nicht, wie früher angenommen wurde, vor dem zu Komitien angetretenen exercitus errichtet wurde und solchergestalt also nur eine Abart des testamentum calatis comitiis war, sondern lediglich in einer vor Zeugen abgegebenen Privatwillenserklärung bestand, und wird es deshalb von den Anhängern der Lehre von der Testierfreiheit in ältester Zeit als Argument für ihre Theorie herangezogen, wie ich glaube indessen mit Unrecht, wie wir alsbald sehen werden.

Wir werden auf das testamentum in procinctu aber erst weiter unten näher eingehen, da dasselbe meines Erachtens im Zusammenhange mit dem legare super pecunia tutelave suae rei der XII. tab. besprochen werden muß [21]). —

Damit wären wir aber an den XII. tab., jenem angeblichen Wendepunkt der Rechtsentwicklung, von dem an, wie allgemein behauptet wird, die völlige Testierfreiheit ihren Ursprung genommen haben soll, angelangt.

Allein so viel dürfen wir wohl jetzt schon behaupten: eine derartig einschneidende Neuerung ist in dem XII.-tab.-Gesetz selbst in keinem Falle enthalten gewesen.

---

der bei Gellius N. A. 15, 27 sich findenden Phrase in contione populi Bedenken tragen, die Testamentskomitien als abstimmende Versammlungen anzusprechen. Meines Erachtens kommt dem fraglichen Passus eine technische Bedeutung überhaupt nicht zu, da gerade in contione zuweilen adverbiell, statt palam etc., gebraucht wird und hier statt eines verbalen Ausdrucks, z. B. populo convocato, stehen dürfte, eine Ansicht, die dadurch, daß späte Autoren Substantiva auf -io verbalen Ausdrücken vorziehen, nur bestätigt wird.

[20]) Sabidius, Comm. in Verg. Aen. X, 241. Ed. Keil S. 108.

[21]) Mit dieser Annahme stimmt auch die Notiz bei Cicero, Or. I, c. 53, wo wir etwas Näheres über den Inhalt eines Testamentum in procinctu erfahren, trefflich überein. Im wesentlichen ist es die Bestellung eines tutor, die in ihm vorgenommen wird.

Ihrer ganzen Bestimmung entsprechend[22]) haben die XII. tab. vielmehr auch beim Testament keine großzügigen neuen Lehren geschaffen, sondern lediglich das geltende Gewohnheitsrecht bestätigt und höchstens nach Bedarf erweitert.

Eine gewisse Verfügungsfreiheit hatte sich nun meines Erachtens schon in dem Falle des testamentum in procinctu gebildet[23]), das neue war allein die Ausdehnung, die sie jetzt gewann.

Was aber bedeutet denn nun die bereits erwähnte berühmte XII.-tab.-Bestimmung: Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto?

Wie schon der Wortlaut nahe legt, kann sie sich nun nicht auf die Testamentserrichtung als solche beziehen. Legare bedeutet soviel wie legem dicere alicui rei, und entspricht daher etwa unserem: Verfügen über etwas, gewann indessen bald die spezifische Bedeutung des Verfügens von Todes wegen.

Der Sinn unseres Satzes dürfte also wohl der sein, daß gewisse Verfügungen von Todes wegen, die aber die Erbfolge selbst unberührt lassen, von nun an gesetzlich sanktioniert sein sollen.

Diese Auffassung unseres Fragments findet freilich nicht allgemeine Zustimmung, vielmehr ist man über diesen Punkt sehr geteilter Ansicht[24]).

Allein so, wie uns das Fragment am besten und vollständigsten erhalten ist[25]), ist aus ihm deutlich erkennbar, daß sich die gewährte Freiheit, ursprünglich wenigstens, nur auf ganz bestimmte Materien erstrecken sollte, damit also die hier vertretene Ansicht gerechtfertigt.

---

[22]) Cf. Girard, Man. S. 24/25.

[23]) Zu weit geht Appleton, Testament romain S. 82; 107, A. 3.

[24]) Schirmer, Z. Sav. St. II, S. 161—180, und ihm folgend Lambert, Testament romain S. 34 ff., ferner Girard, Man. S. 800 erblicken, besonders in Rücksicht auf l. 120, D. 50, 16 hierin die Gewährung völliger Testierfreiheit.

[25]) Ulpian, Regulae XI, 14.

Ehe wir nun aber versuchen können, den eigentlichen Sinn der Bestimmung zu ermitteln, ist des besseren Verständnisses halber ein etwas weiteres Zurückgreifen unerläßlich. —

Wenn wir die Geschichte des Eigentums verfolgen, so finden wir zunächst, daß in der ältesten Zeit, zu Rom wie auch sonst allenthalben[26]), nicht der Einzelne der Träger des Rechts von Grund und Boden war, sondern der Geschlechtsverband, die gens, was sich aus dem Umstand ergibt, daß die 16 ältesten tribus rusticae im Gegensatz zu den übrigen, die nach Oertlichkeiten benannt sind, die Namen römischer gentes tragen, ursprünglich also deren Ackerland gebildet haben werden[27]), das anfänglich periodisch unter die einzelnen Hausgenossenschaften des Stammes verteilt wird, später indessen die Tendenz zeigt, sich in den Händen der einzelnen Familien zu befestigen.

Und wenn auch daneben das Haus und die Hofstelle, das sogenannte heredium, im Einzelbesitz der Hausgenossenschaften standen[28]), so kann dennoch von einem Individualeigentum in unserem Sinne schlechterdings keine Rede sein. Denn wegen der in der ältesten Zeit unzweifelhaft bestehenden Unveräußerlichkeit des Grund und Bodens stellt sich das Recht daran in Wirklichkeit nur als ein allerdings weitgehendes Nutzungsrecht innerhalb der einzelnen Familien dar.

Ebensowenig wie der Grund und Boden stehen aber auch die Mobilien von vornherein in dem Individualeigentum des Einzelnen. Je nach der Durchbildung der Geschlechtsverfassung finden wir vielmehr zwischen dem ausschließlichen Stammes-

---

[26]) Daß das Stammeseigentum am Grund und Boden ein regelmäßig beobachteter Abschnitt in der Entwicklung des Eigentums ist, wird wohl heut, trotz Fustel de Conlanges allgemein angenommen. Cf. Girard, Man. S. 257, A. 4. Ferner Kohler in Holtzendorff I, S. 24 ff.

[27]) Mommsen, R. St.-R. III, S. 168.

[28]) Varro, r. r. 1, 10; Plinius, L. n. 18, 2, 7; Dionysius v. Halikarnaß 5, 40; Livius 2, 16.

und dem ausschließlichen Individualeigentum alle nur denkbaren Zwischenstufen [29]).

Bei den arischen Völkern scheint nun nach einer weit verbreiteten Regel alles das, was zum Lebensunterhalt der Familie unbedingt erforderlich war, auch in deren ausschließlichem Eigentum gestanden zu haben, so zwar, daß auch der Erwerb des Einzelnen — indessen so weit nur, als die Bedürfnisse der Hausgenossenschaft es erforderten — hierzu geschlagen wurde.

Alles, was jedoch über dieses Bedürfnis hinausging, fiel nicht in das Eigentum der Genossenschaft, sondern unter die faktische Herrschaft des Produzenten, resp. Okkupanten, da ein rechtlich anerkanntes Eigentum des Einzelnen noch nicht existierte [30]).

Diese beiden Kategorien finden wir nun in Rom unter dem Namen familia [31]) und pecunia [32]), die noch in den XII. tab. gut beglaubigt sind, wieder. —

---

[29]) Post, l. c. S. 210.

[30]) Cf. Aristoteles, Polit. I, 3, 20 und dazu Cuq, l. c. 77, 6. Cf. auch Wilutzki, Vorgesch. des Rechts II, S. 114 ff., Kohler, l. c. S. 25.

[31]) Der Stamm fam bedeutet dienen, cf. das oskische famel, lat. famulus=servus. Familia ist somit die Gesamtheit dessen, was dient, also Sklaven, Zug- und Lastvieh. Dieser älteste, und vor dem Aufkommen des Familieneigentums am Grund und Boden einzige Bestandteil hat also dem hausgenossenschaftlichen Gut seinen Namen gegeben. — Die hier vertretene Ansicht ist übrigens zuerst von Ihering, Rechtsschutz etc., Jahrbb. XXIII, S. 204, aufgebracht worden und wird heute namentlich von Cuq, Inst. I, S. 77 aufrecht erhalten. Die Einwendungen, die Girard, Man. S. 248 insoweit macht, als er die Existenz eines Familienvermögens nur in der ältesten Zeit zugeben will, sind dann berechtigt, wenn man das Ende dieser Periode sehr tief herabsetzt, denn die XII. Taf. unterscheiden jedenfalls noch scharf familia und pecunia, und alle von Girard hierfür angeführten Texte zeugen meines Erachtens gegen ihn. Auch der curator furiosi — cf. XII. tab. 5, 7 — kann selbstverständlich nur über pecunia des Geisteskranken verfügen — hinsichtlich der familia ist der Einzelne ja nicht Rechtssubjekt! —, denn auch Sklaven und Großvieh verlieren jene Eigenschaft und sind in diesem Falle eben pecunia. Den Beweis hierfür erblicke ich vor allem in folgendem Um-

Fragen wir uns nun, welche Befugnisse dem pater familias an diesen zwei Kategorien zustanden, so werden wir diese Frage dahin beantworten können, daß ihm die Disposition über Objekte der ersten Gruppe nur von dem Gesichtspunkt einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zugestanden haben wird, während er hinsichtlich der letzteren nach Gutdünken verfügen mochte [33]).

Indessen werden Verfügungen über den Tod hinaus, selbst allein über die pecunia, der ältesten Zeit unbekannt geblieben sein.

Jedoch wohl schon in der jüngsten Königszeit, sicher aber ganz im Anfang der Republik, trat hierin eine bemerkenswerte Aenderung ein.

Das testamentum calatis comitiis sollte vor allem die fehlenden sui heredes ersetzen. Waren aber solche vorhanden, so gab es bis jetzt keine Möglichkeit, sonstige letztwillige Verfügungen zu treffen.

Insbesondere mußte es schmerzlich empfunden werden, daß der pater familias, wenn er vor der Mündigkeit seiner Kinder zu sterben fürchtete, keinerlei Mittel besaß, die Tutel

---

stand. Sklaven und Großvieh sind nämlich nicht unbestritten unter allen Umständen res mancipi. Sie sind dies meines Erachtens eben nur dann, wenn sie wirklich zum Vermögen der Hausgenossenschaft gehören, da alles dominium ex iure quiritium ursprünglich Familieneigentum ist. In der Tat wird im einzelnen Falle scharf unterschieden, ob dieselben zur familia gehören oder nicht. Cf. z. B. Cato de r. r. 138. Erst später, als der Unterschied zwischen familia und pecunia nicht mehr lebendig war, konnte hierin ein Wandel eintreten. Trotzdem erhielt sich teilweise die Erinnerung an die alte Auffassung, und ihre letzten Spuren finden wir in dem Schulstreit zwischen Sabinianern und Proculianern, in dem die letzteren forderten, daß die betreffenden Tiere erst abgerichtet und solchergestalt als familia geeignet sein müßten, bevor sie res mancipi würden. Gaius II, § 15.

[32]) Der Name stammt auch hier von dem ältesten und wichtigsten Bestandteil, dem in Herden gehaltenen Kleinvieh, pecus.

[33]) Einen Zwang für die Intakterhaltung des Hausguts erblicke ich außer in den religiös-ethischen Momenten vor allem in der wirtschaftlichen Notwendigkeit.

der Agnaten, denen er vielleicht kühl, vielleicht sogar feindschaftlich gegenüberstand, auszuschließen und ihnen einen tutor nach seiner Wahl zu geben.

Immer mehr gewann aber auch ferner der Gedanke an Boden, daß man über die Früchte seiner Arbeit, im Gegensatz zu den ererbten Gütern, die der Gesamtheit der Familie gehörte, wie zu Lebzeiten, so auch von Todes wegen frei verfügen dürfe.

Und so entwickelte sich zunächst im Fall des Krieges, als der bei weitem häufigsten Gelegenheit, bei der eine plötzliche Todesgefahr an den Menschen mitten in seiner Lebensarbeit herantritt und wo es deshalb besonders erwünscht ist, gewisse Anordnungen für den Fall seines Todes hinterlassen zu können, der Rechtsbrauch des formlosen [34]) — nur der Sicherheit halber wurden einige Zeugen hinzugezogen [35]) — legare super pecunia tutelave suae rei.

Dieses Privilegium für Kriegszeiten genügte indessen bald nicht mehr. Bei fortschreitender kultureller Entwicklung war eine weitgehende Ausdehnung dieses Rechtes ein dringendes Bedürfnis, und so war es wohl nur der Abschluß einer langjährigen, gewohnheitsrechtlich begründeten Praxis, als die XII-Tafeln das Recht des legare super pecunia tutelave suae rei im weitesten Umfange anerkannten.

Es bestand also jetzt eine freie Befugnis, gewisse Verfügungen von Todes wegen zu treffen, aber diese Befugnis war eben lediglich eine partielle.

Nur die datio tutoris und die Vergabung des individuellen Gutes waren gestattet.

Auch nachdem die Veräußerung von Grundstücken zugelassen war, war dennoch die Disposition über domus familiaque ausgeschlossen, die Sukzession hierin war allein dem Haus- und Geschlechtsgenossen vorbehalten, und Erben nach eigener

---

[34]) Διαθήκας ἀγράφους, Plutarch, Coriol 9.

[35]) Τριῶν ἢ τεττάρων ἐπακουόντων, ibidem.

Wahl zu instituieren oder exheredieren überschritt auch jetzt noch die Grenzen der Privatautonomie.

Hier setzte nun die Tätigkeit der römischen Rechtswissenschaft ein.

Die Handhabe hierzu bot der bekannte XII-Tafel-Satz: cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto. Mit Hilfe dieser Bestimmung hat die römische Jurisprudenz eine Reihe wichtiger neuer Institute geschaffen.

Nach den XII. Tafeln sollte nun zwar die Manzipation einen Realkauf, einen effektiven Umsatz von Preis gegen Ware darstellen, wenn das Geschäft rechtsgültig sein sollte.

Die Bestimmung: uti lingua nuncupassit, ita ius esto bedeutete hierbei ursprünglich nur, daß allein die bei der Vornahme des Geschäftes selbst gesprochenen verba sollemnia von Wirkung sein sollten, und daß sich keine Partei auf andere Abmachungen berufen könne.

Allein die römischen Juristen benützten diese ursprünglich restriktiv gedachte Maßregel zur weitestgehenden extensiven Interpretation des Gesetzes und lehrten demnach, daß sämtliche bei der Manzipation getroffenen Nebenabreden rechtsgültig seien, sofern sie nur in das Zeremoniell des Geschäftes selbst mit aufgenommen seien.

So konnte die Manzipation zu einem Scheinkauf herabsinken, der lediglich als Mittel zum Zweck, nämlich zur Ermöglichung der fiduziarischen Geschäfte, vorgenommen wurde: Die Eigentumsübertragung konnte nunmehr auch unter der Bedingung der Rückübertragung erfolgen.

Die mancipatio familiae ist nun in ihrer ältesten Form nichts anderes als eine fiducia cum amico, die für einen speziellen Fall etwas modifiziert ist. Der Freund soll hierbei das ihm manzipierte Gut nicht an den Emanzipanten selber, sondern nach dessen Tode an gewisse, von letzterem bezeichnete dritte Personen remanzipieren.

Durch diese Manzipation wurde nun das Anrecht der Ge-

schlechtsgenossen an die familia illusorisch gemacht[36]). Der familiae emptor war ja hiedurch formell Eigentümer geworden und konnte daher dieses Eigentum gegen Ansprüche Dritter, vor allem der heredes selbst erfolgreich verteidigen.

Auf der anderen Seite konnte der familiae emptor dagegen zu der Remanzipation nicht gezwungen werden.

Die Bestimmung: uti legassit etc., die den Legataren in den Worten: ita ius esto ein unmittelbares Recht gewährte, fand hier selbstverständlich keine Anwendung, und Verträge zu Gunsten Dritter hat das ältere römische Recht überhaupt nicht gekannt.

Die Bedachten besaßen daher gar keinen Anspruch gegen ihn, sondern waren lediglich auf seinen guten Willen angewiesen[37]).

Indessen wurde auf den familiae emptor ein nicht gering anzuschlagender moralischer Druck ausgeübt.

Einerseits wird zwar der Testator zu diesem Behuf nur den vertrautesten Freund zugezogen haben, von dessen Seite er sich einer derartigen Handlungsweise nicht versehen brauchte.

Anderseits aber tat in der alten Zeit Roms die Besorgnis um die Meinung der Mitbürger das ihrige, denn da in den noch kleinen Verhältnissen die Einzelnen in ständiger Berührung miteinander lebten und sich gegenseitig nötig hatten, so war jeder im eigensten Interesse darauf bedacht, den anderen nicht ohne Not zu schädigen.

Jedermann wird sich daher gescheut haben, einen derartigen offenkundigen[38]) Vertrauensbruch sich zu schulden

---

[36]) Wir haben hierzu das Gegenstück in dem deutschen Salmann oder Treuhänder, der denselben Zwecken diente.

[37]) Dagegen war das testamentum per manc., sobald die actio fiduciae ausgebildet war, frei widerruflich geworden; weigerte der familiae emptor die Remanzipation an den Testator, so konnte ihn dieser mit der actio fiduciae hierzu zwingen, da Gegenstand derselben alles war, was gegen die bona fides verstieß.

[38]) Hatte er doch stets den libripens und die 5 Zeugen, die deshalb nicht mit ihm verwandt sein durften, gegen sich. Gaius II, § 105.

kommen zu lassen, und die Remanzipation wird daher regelmäßig anstandslos erfolgt sein[39]). —

Fragen wir uns nun noch nach dem Alter dieser familiae mancipatio, so können wir ihr Aufkommen leider auch nicht annäherungsweise bestimmen.

Wir müssen uns lediglich darauf beschränken, zu konstatieren, daß sie nach den XII. Tafeln aufgetaucht sein muß, und zwar einige Zeit später als diese, da die fiduziarischen Geschäfte, als eine Erfindung der römischen Jurisprudenz, erst einer längeren praktischen Uebung bedurften, ehe sie sich als Gewohnheitsrecht einbürgern konnten.

Wir werden wohl nicht fehlgehen, wenn wir sie in das 4. Jahrhundert v. Chr. setzen[40]).

Dagegen müssen wir ihre Existenz vor den XII. Tafeln — eine Ansicht, die in der Literatur vielfach vertreten ist[41]) — mit Entschiedenheit verneinen.

Für diese Periode fehlt ja noch die Voraussetzung, die, eben in der zitierten Bestimmung jener Gesetzgebung liegend, die mancipatio familiae in dem oben entwickelten Sinne überhaupt erst ermöglichen konnte.

---

[39]) Die beste Stütze für diese Annahme bietet das Beispiel des fideicommissum. Auch dieses verlieh dem Bedachten anfänglich keinerlei Anspruch, und dennoch waren sie schon lange in Uebung, ehe sie durch Augustus klagbar wurden.

[40]) Bei der endgültigen Redaktion des Testamentsformulars muß der Gebrauch des Geldes noch wenig bekannt gewesen sein, da hier noch ausschließlich das raudusculum als Scheinpreis figuriert, während sonst die fiducia durch eine venditio nummo uno realisiert wurde. — Ferner sichert ihr auch die, in der uns erhaltenen Literatur nicht mehr gebräuchliche Form „endo" ein relativ hohes Alter. — Gegen Ettore Pais und Lambert, die die XII. Taf. in die Mitte des 4. oder gar 3. Jahrhunderts herabsetzen wollen, s. Cuq, l. c. S. 30. Das entscheidende Moment gegen beide sind meines Erachtens die Angaben der fasti capitolini.

[41]) Cf. Girard, Man. S. 805. Ferner anscheinend auch Hölder, l. c. S. 60, 62. — Wie hier: Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II, S. 853.

Will man indessen — und es ist dies ja auch an und für sich durchaus nicht unwahrscheinlich — an einem Vorkommen der familiae mancipatio vor den XII. Tafeln festhalten, dann muß man auch notwendigerweise zu der Folgerung gelangen, daß die mancipatio familiae durchaus ernst gemeint war und der familiae emptor zwar nicht als Erbe eingesetzt worden sei — das war unmöglich! —, wohl aber ein wirkliches heredis locum obtinere auf seiten des familiae emptor vorlag[42]).

Aus einer so gearteten mancipatio familiae hätte sich indessen niemals das testamentum per aes et libram entwickeln können.

Es würde sich sonst nämlich doch irgend eine Spur von der früheren Stellung des familiae emptor erhalten haben. Allein nichts von alldem enthalten unsere Quellen.

Nirgends wird berichtet, daß der familiae emptor irgend einen Vorteil aus dem Geschäfte gezogen habe, noch wird er je mit den Erbschaftslasten in Verbindung gebracht (s. u.).

Eine derartig totale Umwandlung eines Instituts, dessen früherer Charakter spurlos untergegangen sein soll, ist meines Erachtens aber undenkbar.

Dies alles weist vielmehr darauf hin, daß die mancipatio familiae von vornherein einen fiduciarischen Charakter hatte, und daß der familiae emptor nie etwas anderes war als ein Gegenstück zu dem deutschrechtlichen Treuhänder oder Salmann, wie er uns bei Gaius entgegentritt.

So konnte man also jetzt die gesetzliche Erbfolge, ohne dieselbe im Prinzip anzutasten, de facto dennoch vollständig gegenstandslos machen, denn einerseits konnte man durch die mancipatio familiae die res familiaris, das Familienvermögen, dem Zugriff der heredes entziehen, während es anderseits dem

---

[42]) Cf. Girard, l. c. S. 803; Salkowski, Inst. S. 486; so stellt den Vorgang allerdings Theophilus, Paraphr. Inst. II, 10, § 1 dar, der aber den Ausdruck: heredis locum obtinere bei Gaius mißverstanden haben dürfte. S. u. Anm. 59.

Testator ja so wie so schon freistand, seine pecunia an ihm genehme Personen nach Belieben zu vergeben[43]).

Für diese legata war, wie wir wissen, eine besondere Form nicht vorgeschrieben.

Allein der Einfachheit halber wird man schon früh[44]) die Errichtung der legata mit der familiae mancipatio verbunden, und dem familiae emptor auch die Verteilung der pecunia übertragen haben. Bot doch diese Form zugleich auch die denkbar größte Sicherheit für die Ausführung der Bestimmungen des Testators. Denn da diese Verfügungen den heredes selbstverständlich höchst unsympathisch waren und sie ihnen deshalb den denkbar größten Widerstand entgegengesetzt haben werden, so mußte man, wenn man die Ausführung seiner letztwilligen Bestimmungen nicht illusorisch machen wollte, bestrebt sein, dieselben nicht den Erben zu überlassen, sondern eine andere uninteressierte Person an deren Stelle zu setzen, und diese Person bot sich in dem familiae emptor.

Der Unterschied zwischen familia und pecunia begann sich aber damit jetzt zu verwischen[45]); es existierte bald nur noch eine einheitliche Vermögensmasse, und die mancipatio familiae sowie das legare super pecunia tutelave bildeten jetzt einen einheitlichen Akt, das testamentum per aes et libram, während der familiae emptor der Vorläufer unseres Testamentsvollstreckers geworden war[46]).

Allein dieses ursprüngliche testamentum per aes et libram ist noch wesentlich verschieden von dem Testament der klassi-

[43]) Auch etwaige außenstehende Forderungen, die zwar in der älteren Zeit selten waren, konnten den gesetzlichen Erben dadurch entzogen werden, daß man den familiae emptor als adstipulator zuzog und ihm in der nuncupatio die Herausgabe der empfangenen Leistung an den in Aussicht genommenen Bedachten auferlegte.

[44]) Das beweist der Wortlaut von Gaius überliefertem Formular: familiam pecuniamque etc.

[45]) Die Idee des Familienvermögens tritt bei steigendem Kulturniveau überhaupt immer mehr zurück. S. Kohler, l. c. S. 25.

[46]) Lambert, Le testament Romain S. 52 ff.

schen Juristen, war doch hierin, im Gegensatz zu letzterem, dessen caput ac fundamentum sie bildete, die Erbeseinsetzung ausgeschlossen[47]).

Untersuchen wir nun, wie diese das Wesen des Instituts derart verändernde Entwicklung erfolgen konnte!

Eine vollständige Depossedierung der heredes, die, wie wir gesehen haben, in der Theorie durchaus möglich geworden war, wird in der Praxis der älteren Zeit jedoch nur zu den ganz seltenen Ausnahmen gehört haben.

Die Regel war vielmehr, daß man, auch wenn man ein Testament errichtete, den heredes den Hauptteil des Vermögens hinterließ und nur den kleineren an extranei vergabte.

In solchen Fällen wird man nun dem familiae emptor zugleich auch die Verteilung des Nachlasses unter die heredes aufgetragen haben.

Später, als die Bestimmungen zahlreicher und verwickelter wurden — das Testament war schon an sich ein außerordentlich kompliziertes Geschäft! — pflegte man meist, und zwar schon verhältnismäßig früh, seine letztwilligen Verfügungen zur Sicherheit und zur Bequemlichkeit für den familiae emptor niederzuschreiben[48]).

In dieser Urkunde wird man nun nicht verfehlt haben, falls heredes vorhanden waren, diesen Umstand zu bemerken und dazu was und wie viel man ihnen etwa zuwenden wollte.

Solche Notizen hatten nun zwar ganz das Aussehen einer

---

[47]) Der oft vertretenen Auffassung — cf. Karlowa, l. c. II, S. 855 —, daß die Erbeseinsetzung durch die römische Rechtswissenschaft von Anfang an in das dare legare hineininterpretiert worden sei, ist nicht beizustimmen. Dann hätten wir ein in fraudem legis agere, und ein derartiges Testament wäre zweifellos nicht anerkannt worden.

[48]) Gaius II, § 104. — Erforderlich war die Schriftform jedoch keineswegs. Noch bis in die Kaiserzeit hinein hat sich vielmehr das mündliche Nunkupativtestament erhalten. Horaz ernannte auf diese Weise den Augustus zum Erben. Cf. Sueton, Vita Horati, cap. ult. Ferner: l. 21, pr. D. 28, 1. Girard, Man. S. 806.

Erbeseinsetzung, waren aber in Wirklichkeit nichts weniger als das. Denn wenn es auch in der Macht des Testators lag, seinen heredes oder einem einzigen von ihnen sein Vermögen ganz oder teilweise zuzuwenden, oder ihnen hinwiederum überhaupt alles zu entziehen, so hing dennoch ihre Einsetzung nicht von ihm ab: sie waren und blieben heredes, mochten sie alles oder nichts erhalten.

Dieser rein äußere Umstand ist also an sich nicht ausreichend zur Erklärung des Problems, wie die Erbeseinsetzung Gegenstand der Privatautonomie werden konnte[49]).

Es muß vielmehr ein innerer Grund gewesen sein, der die Stellung der bedachten extranei derjenigen der heredes so sehr näherte, daß die zu einem leeren Begriff ohne Inhalt herabgesunkene Bezeichnung als heres nunmehr auch auf Nichtheredes Anwendung finden konnte.

Diesen Grund glaube ich nun in der Haftung für die Erbschaftsschulden zu erblicken. —

Bis Anfang des dritten vorchristlichen Jahrhunderts war der Kreditverkehr nur schwach entwickelt gewesen.

Die wenig zahlreichen Obligationen des alten Rechts waren durchgehends für kurze Frist berechnete, vor allem auf baldige Erfüllung abzielende Verträge; langfristige Ausleihungen von Kapitalien zwecks Gewinnung der Zinsenrente war dem älteren römischen Wirtschaftsleben noch unbekannt. Forderungen und Schulden waren noch keine erheblichen Vermögensbestandteile.

Eine Klasse von Verpflichtungen ruhte indessen auch in der älteren Zeit stets auf dem Nachlasse: es war dies die Verpflichtung zur Uebernahme der sacra des Verstorbenen, die dessen Erben zur Last fiel.

Als nun den heredes bisweilen der gesamte Nachlaß ent-

---

[49]) So Ehrlich, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. Bd. XVII, S. 102. — Auch der Einfluß des testamentum calatis comitiis. ist für sich allein nicht genügend die Erbeseinsetzung auch durch testamentum per mancipationem zu erklären. Cf. Cuq, l. c. S. 258 ff. Hierüber s. u. S. 28.

zogen wurde und sie sich infolgedessen weigerten, die Erbschaft anzutreten[50]), mußten die pontifices, die danach strebten. diese sacra zu perpetuieren, sich nach anderen, zur Fortsetzung verpflichteten Personen umsehen.

Diese Bestrebungen führten zu einem vollständigen System, der sogenannten älteren Pontifikalordnung, die wir aus Cicero, de legg. II. 20. kennen und die dort folgendermaßen lautet: tribus modis sacra adstringi: hereditate, aut si maiorem partem pecuniae capiat, aut si maior pars pecuniae legata est, si inde quidpiam ceperit.

Wir sehen also hieraus, daß das ältere Recht drei verschiedene, die Haftung für die sacra begründende Fälle unterscheidet; Fall eins und drei sind ohne weiteres klar, im zweiten Fall dagegen drückt sich Cicero etwas dunkel aus.

Daß er damit keinesfalls die usucapio pro herede im Auge haben konnte, hat schon Hölder[51]) gezeigt. Allein auch dessen Konjektur, daß der Passus die donatio mortis causa im Auge habe, befriedigt mich nicht. Die mortis causa capio des älteren Rechts ist ein von der Schenkung von Todes wegen sich unterscheidendes Institut.

Zur Zeit des Tiberius Coruncanius, dem die ältere Pontifikalordnung zugeschrieben wird, bezeichnete man mit mortis causa capio vielmehr jeden Erwerb von Todes wegen aus einem Geschäft, das dem Bedachten keinen Anspruch gegen den Erben verlieh, also ursprünglich ausschließlich den aus einer mancipatio familiae gemachten Erwerb[52]).

---

[50]) Nur die sui werden als Nachfolger in der Herrschaft über die familia ipso iure Erben und müssen infolgedessen auch die Erbschaftslasten unter allen Umständen übernehmen. Das beneficium abstinendi ist noch zu Ciceros Zeit etwas Neues. — Cf. Phil. II, S. 16, 42. — Uebergehungen der sui waren in der alten Zeit aber wohl nur sehr selten.

[51]) L. c. S. 138.

[52]) Etwas weiter geht Cuq, Inst. S. 272; meines Erachtens trifft indessen seine beim leg. per damn. gemachte Unterscheidung für das alte Recht nicht zu. Dagegen würde man das legatum sinendi modo

Hier lag ja weder Legat noch Erbeseinsetzung vor, der Bedachte erwarb auf das ihm Zugewandte überhaupt keinen Anspruch, sein Erwerb war lediglich ein faktisches mortis causa capere.

Damit ist aber auch der zweite Abschnitt der Pontifikalordnung verständlich, und der Sinn dieser Verordnung leuchtet jetzt ohne weiteres ein:

Der Regelfall bleibt danach auch jetzt noch nach wie vor die Haftung des Erben.

War indessen der größere Teil des Nachlasses den Erben entzogen worden, so wurden sie damit auch von der Verpflichtung für die sacra befreit.

Entzogen konnte der Nachlaß den Erben aber auf zweifache Weise werden: der Grundbesitz und die zu seiner Bewirtschaftung erforderlichen Sklaven, Zug- und Lasttiere durch mancipatio familiae, das gesamte übrige Vermögen durch einfache Verfügung, legatum von seiten des Testators.

Dementsprechend hatten an Stelle der Erben in erster Linie einzutreten, wer den größten Teil der familia erhalten hatte.

Falls aber der andere Besitz die familia überwog, so fiel die Verpflichtung für die sacra denen zu, die mit dem meisten sonstigen Gut bedacht worden waren.

Diese Theorie läßt sich nun freilich aus der herkömmlichen Fassung unserer Notiz, so wie sie uns überliefert und oben mitgeteilt worden ist, nicht ohne weiteres ableiten.

Allein unser Text ist, wie wir sehen werden, verderbt;

---

hierher rechnen können, das aber ebenfalls zur Zeit des älteren Pontifikaledikts noch nicht bestand. Die Schenkung von Todes wegen indessen muß man im älteren Recht unter das legare subsumieren, das hier bedeutend größere Ausdehnung hatte als zur Zeit der Klassiker. — Hinsichtlich der familia aber ist eine bloße Schenkung undenkbar, hier muß die Manzipation den Bedachten erst zum Eigentümer machen. Darüber, daß die mortis causa capio der Legg. Furia und Voconia keine Schenkung von Todes wegen sein könne, s. Cuq, l. c. S. 272, A. 6.

so wie er uns überliefert ist, kann er unmöglich ursprünglich gelautet haben.

Einerseits ist es nämlich nicht ausgeschlossen, daß schon Cicero, zu dessen Zeit dies alles schon längst antiquiert war, die Pontifikalordnung nicht richtig zitiert hat.

Anderseits aber ist Ciceros Schrift de legibus nur mangelhaft erhalten. Der allen unseren Handschriften zu Grunde liegende Archetypus war in hohem Grade mit Fehlern behaftet, und die uns erhaltenen Handschriften befinden sich daher in einem sehr verwahrlosten Zustande.

Gerade an der kritischen Stelle findet sich noch dazu in dem Codex Vossianus B., der Hauptquelle zur Restitution der ursprünglichen Lesart[53]), eine umfangreiche Lücke, die von aut si maior . . . bis pecunia legata est reicht, und in der Vahlen nur die Zeichen pariae zu erkennen glaubt. Am Rande hat eine spätere Hand dann die Lücke . . . em partem pecuniae capiat, aut si maior pars ergänzt[54]).

Daraus ergibt sich, daß der Archetypus an dieser Stelle infolge des Versehens oder der Flüchtigkeit des Abschreibers unleserlich, resp. sinnlos geworden ist und daß man später Sinn in die verderbte Stelle zu bringen versucht hat, wenn auch mit zweifelhaftem Erfolg.

Einmal kann nämlich die fragliche Stelle ursprünglich nicht: si maiorem partem pecuniae capiat gelautet haben. Die mortis causa capio bezog sich zur Zeit des Tiberius Coruncanius ausschließlich auf die familia, während es hinsichtlich der pecunia nur ein legare gab, wie auch im dritten Abschnitt richtig ausgeführt wird.

Der fragliche Passus muß also ursprünglich maiorem partem familiae gelautet haben.

Ferner müssen wir aber auch den dritten Abschnitt einer näheren Kritik unterziehen.

---

[53]) Cicero de legg. ed. Vahlen 1888. Vorrede S. VI.

[54]) L. c. S. 133/4.

An und für sich ist derselbe ja ohne weiteres verständlich, paßt auch sehr gut in den Zusammenhang, so wie die Stelle uns überliefert ist, während es zu der hier vorgeschlagenen Aenderung gar nicht recht passen will, denn wie schon Hölder [55]) sehr richtig bemerkt, bezeichnet die gewählte Disjunktivpartikel aut—aut die einzelnen Gründe der Haftung als in jedem Falle ausschließlich Platz greifende, und Fall zwei und drei könnten so sehr wohl nebeneinander eintreten.

Allein zu der angegebenen Lesart zwingt der Sinn der Bestimmung, und der Zustand der Quellen steht dieser Aenderung nicht entgegen, und deshalb glaube ich auch annehmen zu dürfen, daß auch Absatz drei entstellt sein dürfte, ja daß diese Entstellung die Veranlassung zu der sinnstörenden Verbesserung des zweiten Abschnittes gegeben haben wird, nämlich maiorem partem pecuniae aus Analogie zu Abschnitt 3.

Das Entscheidende für die Entstehung der Haftung scheint nämlich der Umstand zu sein, daß die maior pars des Nachlasses erworben wird.

Den Hauptteil des Vermögens bildete nun aber regelmäßig die familia, so daß derjenige, dem der größte Teil der familia zugefallen war, damit auch meistens den größten Teil des gesamten Vermögens erhalten hatte.

Bestand nun aber der Nachlaß hauptsächlich aus pecunia, so war es unbillig, die Lasten dem Grundbesitz aufzubürden, während der Erwerber des übrigen Vermögens, das den Hauptteil des Nachlasses bildete, frei ausging, und man bestimmte deshalb, daß der oder die mit der pecunia Bedachten, falls diese den Hauptteil des Vermögens ausmachte, auch die sacra zu tragen hätten, und der dritte Abschnitt wird deshalb ursprünglich gelautet haben: aut si maior pars rei pecunia, eaque legata est, si inde quidquam ceperit.

Diese Vermutung gewinnt an Wahrscheinlichkeit dadurch, daß Vahlen ja in der erwähnten Lücke etwas wie pariae zu

---

[55]) L. c. S. 140.

erkennen glaubt, was in Wirklichkeit wohl pars rei heißen soll, und daß ferner nur zwei Zeichen — a q; — ausfallen brauchten, was sehr leicht möglich war, wenn die Worte pecunia eaque im Archetypus ans Ende der Zeile traten, und der Satz dennoch nicht sinnlos wurde, wenn er lautete: aut si maior pars pecuniae legata est.

Bei dieser Lesart der Pontifikalordnung springt ihre eminent praktische Bedeutung von selbst in die Augen, und es leuchtet ohne weiteres ein, daß sie für die weitere Rechtsentwicklung bahnbrechend wirken mußte.

Denn waren bis dahin die Schuldverhältnisse nur von untergeordneter Bedeutung gewesen, so erhöhte sich diese Bedeutung bei der Entwicklung der Geldwirtschaft immer mehr; Forderungen und Schulden waren jetzt für die Zusammensetzung des Vermögens recht erhebliche Faktoren geworden, und auf dem Nachlaß ruhte nun auch regelmäßig die Verpflichtung, profane Schulden des Erblassers zu berichtigen, denn wahrscheinlich schon das ältere römische Recht, sicher aber die XII. Tafeln, kannten die Vererblichkeit zu mindestens gewisser Schulden.

Was aber, wenn die Erben, denen der Nachlaß vielleicht ganz, oder zum größten Teile entzogen war und die nur für die Erbschaftsschulden hätten aufkommen müssen, sich weigerten, die Erbschaft anzutreten?

Die Gefahr lag nahe, daß die Gläubiger überhaupt um ihre Forderungen gekommen wären, und die Verkehrssicherheit wäre so in der empfindlichsten Weise gestört worden.

Was war nun natürlicher und näherliegend, als daß man auch die bürgerlichen Schulden nach der Analogie der sakralrechtlichen Verpflichtungen behandelte und demjenigen, der den größten Vorteil aus der Erbschaft zog, neben den sacra auch die Verpflichtung zur Befriedigung der profanen Gläubiger auferlegte [56])?

---

[56]) Bis in die Mitte des 2. vorchristlichen Jahrhunderts war in der römischen Rechtswissenschaft bekanntlich der Einfluß der pontifices noch vorherrschend.

In dieser Weise findet meines Erachtens die Frage nach der Schuldenhaftung beim Testament in seiner ältesten Form die einfachste und natürlichste Erklärung. Insbesondere aber darf der familiae emptor auch hiermit nicht in Verbindung gebracht werden.

Zwar hätte der Gedanke nahe gelegen, ihn zu einem Liquidator des Nachlasses auszugestalten, allein etwas derartiges ist nicht erfolgt, eine Stütze für diese Theorie sucht man in den Quellen vergebens. Denn weder erscheint der familiae emptor in dem Verzeichnis der für die sacra haftenden Personen, noch findet sich eine sonstige Notiz, die ihm irgend welche Haftung für die zivilen Schulden des Erblassers auferlegt[57]. Erst Theophilus[58], der die von Gaius gewählte, sich lediglich auf die Verteilung des Nachlasses beziehende Wendung: heredis locum obtinebat[59] mißversteht, vertritt diese Ansicht. —

Mit dieser Umwandlung mußte gleichzeitig aber auch eine Verschiebung des Begriffs heres eintreten.

Während früher, wie schon aus der Etymologie des Wortes hervorgeht[60], der Erbe der neue Herr der domus familiaque des defunctus war, was nur ein ziviler Verwandter werden konnte[61], so war diese Stellung für diesen allein jetzt nicht mehr charakteristisch, denn nicht nur der gesetzliche Erbe, sondern auch jeder beliebige Dritte konnte nunmehr in gleicher Weise hierzu berufen werden.

Das Wort heres war jetzt in der Tat ein „inane nomen“ geworden. Praktisch wandte man freilich wohl auch jetzt immer noch seinen gesetzlichen Erben den Hauptteil des Nach-

---

[57]) Ehrlich, l. c. S. 101.

[58]) Theophilus, Paraphr. II, S. 10, § 1.

[59]) Gaius II, § 103.

[60]) Heres = herus, s. v. w. unser: Herr.

[61]) Die Arrogation und das testamentum cal. com. sollen eben diese Verwandtschaft künstlich herstellen oder wenigstens gesetzlich fingieren.

lasses zu, allein sobald dies nicht geschehen, die Hauptmasse des Vermögens vielmehr in die Hände eines extraneus übergegangen war, dann nahm dieser extraneus in allen Stücken die Stellung eines Erben ein.

Das Charakteristische für die Stellung eines Erben war aber jetzt der Umstand, daß er der Regel nach, im Gegensatz zu den anderen Bedachten, auch die Lasten des Nachlasses zu tragen hatte.

Stand aber der extraneus dem Erben auch hierin jetzt gleich, so war es konsequent, wenn man dies auch äußerlich dadurch zum Ausdruck brachte, daß die Bezeichnung als heres jetzt auch auf extranei ausgedehnt wurde.

Damit ist aber die Testierfreiheit erreicht. Die Erbeseinsetzung steht jetzt in dem freien Belieben des Einzelnen, und die Errichtung des letzten Willens, die wohl schon verher von ihrer Form den Namen testamentum erhalten hatte [62]), ist damit im wesentlichen zum testamentum per aes et libram des klassischen Rechtes geworden.

Da jetzt die Erbeseinsetzung lediglich von dem Belieben des Testators abhing, so wäre allerdings die mancipatio familiae überflüssig geworden; dadurch, daß der Testator einfach erklärte: Titius heres esto, bewirkte er ja, daß sein gesamtes

---

[62]) Der Umstand, daß schon die XII. Taf. direkt den Ausdruck testari kennen, obwohl vor ihnen erst das sog. testamentum cal. comitiis als eigentliches Testament bestand, das ursprünglich schlechterdings nicht testamentum genannt werden konnte, erklärt sich sehr einfach daraus, daß wir nicht den Originaltext von 452 a. Chr., sondern eine nach dem Brande Roms im Jahre 389 entstandene, sowohl auf das sprachliche als das sachliche Gebiet ausgedehnte Neuredaktion aus den einzelnen uns erhaltenen Fragmenten kennen. Daß aber auch die Erbeseinsetzung calatis comitiis, sowie die Verfügungen in procinctu später als testamentum bezeichnet werden, beruht auf der allgemein verbreiteten Unsitte, frühere Institutionen, die vielleicht ähnliche Wirkungen wie gewisse kontemporäre hervorbrachten, mit deren Namen zu belegen. Der ganze Streit um die Zeugenrolle der Kurien beim testamentum calatis comitiis ist deshalb meines Erachtens ein müßiger.

Vermögen mit Aktiven und Passiven, familia wie pecunia in gleicher Weise, bei seinem Tode ohne weiteres auf jenen überging.

Trotzdem hielten die Römer aber in zähem Konservativismus an dieser nunmehr bedeutungslosen Formalität fest, und obgleich durch das prätorische Recht schon lange erschüttert, kam sie erst unter Antoninus Pius in Fortfall[63]).

Die alte mancipatio familiae und das legare super pecunia tutelave suae rei waren also jetzt in eine einheitliche Erbeseinsetzung aufgegangen.

Allein ein anderer Gegensatz trat jetzt an die Stelle des alten.

War das legatum bis dahin eine Verfügung des Testators über seine pecunia gewesen, die im Gegensatz zu der familia seinem freien Verfügungsrecht unterlag, so wurde es jetzt eine rein lukrative Zuwendung beliebiger Art an einen Dritten, der hierdurch bald ein dingliches Recht an einer Sache, bald einen obligatorischen Anspruch gegen den Erben erwarb und so dem Universalsukzessor als Gläubiger gegenübertrat. Und dieser Charakter als eine dem Erben auferlegte Last wurde nun für das Legat derart typisch, daß es bald nur noch in einem Testament angeordnet werden konnte, dessen Essentiale ja jetzt die Erbeseinsetzung geworden war[64]).

Diese Erscheinung findet nun ihre Erklärung in dem Einfluß des testamentum calatis comitiis auf die endgültige Ausgestaltung des Manzipationstestaments.

Hier konnten, wie wir sahen, gewisse, den Erben zu einer Leistung an dritte Personen verpflichtende damnationes aufnommen werden.

---

[63]) Gaius II, § 120.

[64]) Diese Auffassung wurde so allgemein, daß bald die Erinnerung an die frühere Bedeutung des legare verschwand und auch heut noch zuweilen behauptet wird, daß ein Legat nie anders als in einem Testament, resp. Kodizill habe errichtet werden können. Cf. Girard, Man. S. 800/1, A. 3.

Nachdem nunmehr aber der Testator dieselbe Macht erlangt hatte, die früher allein dem Gesetzgeber zustand, konnte er jetzt auch dem Manzipationstestament analoge Bestimmungen einfügen. Diese damnationes bezeichnete man nun gleichfalls als Legate, als sogenannte legata per damnationem, ja man erblickt sogar bald in ihnen die typische Legatsform[65]).

Allein, war nicht das testamentum calatis comitiis schon relativ früh vollständig in Vergessenheit geraten, so daß von einem Einfluß, den es auf die endgültige Ausgestaltung des testamentum per aes et libram gehabt haben soll, füglich nicht die Rede sein kann?

Da nämlich Cicero de or. I. 53. nur das testamentum in procinctu erwähnt, glaubt man hieraus schließen zu können, daß das testamentum calatis comitiis zur Zeit Catos des Aelteren schon lange nicht mehr existierte, da sonst dessen Heranziehung näher gelegen hätte[66]).

Allein dieses Argument beweist meines Erachtens gar nichts gegen die Existenz des testamentum calatis comitiis. Denn wenn wir die zitierte Stelle ins Auge fassen, so finden wir, daß es sich hier gar nicht um ein im Bereich des testa-

---

[65]) In der gleichen Weise findet die sonst unverständliche manumissio testamentaria ihre Erklärung: auch sie ist vom test. cal. com. in das Manzipationstestament verschleppt worden. — Ferner kann man auch nur von diesem Gesichtspunkt aus die Porömien: heredis institutio est caput etc. und nemo pro parte etc. begreifen. Beide hatten ihren guten Sinn beim test. cal. com., denn weder sind hierbei andere Verfügungen ohne Erbeseinsetzung denkbar, noch ist das test. cal. com. und die Intestaterbfolge miteinander vereinbar. Einerseits bedingt das test. cal. com. nämlich, daß kein suus heres da ist, anderseits aber erlangt der heres testamentarius in allem die Stellung eines suus und schließt so die Erbfolge des agnatus proximus und der Gentilen aus. — Ihre Anwendung auf das Manzipationstestament kann man sich aber nur so erklären, daß sie einfach, wie so vieles andere, gedankenlos mit übernommen sind. — Cf. Lambert, Test. rom. S. 82—94; Cuq, Inst. S. 259; s. auch o. S. 7 f.

[66]) Karlowa, l. c. S. 853.

mentum calatis comitiis liegendes Geschäft handelt, vielmehr will Galba seinen unmündigen Söhnen einen tutor bestellen.

Eine datio tutoris für sui aber in einem testamentum calatis comitiis anordnen zu lassen, ein solches Unding kann Cicero unmöglich in den Sinn gekommen sein!

Die angeführte Stelle beweist also gar nichts gegen die Existenz des testamentum calatis comitiis. — Vielmehr ist es, da die mancipatio familiaris in ihrer ursprünglichen Gestalt hinter den Wirkungen des testamentum calatis comitiis zurückblieb, sehr wahrscheinlich, daß es sich neben derselben vielleicht, analog der Arrogation, in der abgeschwächten Form ante XXX. lictores bis zu ihrer Umwandlung zum wahren Testament erhalten hat[67]).

Wann ist nun aber diese Umwandlung eingetreten?

Die Frage hat Lambert[68]) unter Benützung der durch die verschiedenen leges testamentariae gegebenen Daten und meines Erachtens mit Recht dahin beantwortet: sie ist Anfang des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts, und zwar noch vor dem Jahre 169, a. Chr. erfolgt.

---

[67]) Eine Stelle bei Plautus, Poenulus prol. 75; 77, IV, 2, 82, die nach Lambert (Test. rom. S. 95) direkt die Existenz des testamentum cal. com. noch zu Ende des 3. und Anfang des 2. Jahrhunderts v. Chr. beweisen würde, kommt meines Erachtens nicht in Betracht. — Plautus hat bekanntlich, wie alle römischen Komiker, nach griechischen Vorlagen gearbeitet, und die zitierte Stelle bezieht sich infolgedessen auf die griech.: εἰςποίησις, auf die sie genau paßt, während eine Anwendung auf das test. cal. com. nur dann möglich wäre, wenn man in ihm mit Lambert eine adoptio testamentaria erblickt.

[68]) Lambert, Test. rom. S. 99 f.

II.

Ideal- und Gesetzeskonkurrenz im jüdischen Recht.

Von

Dr. **Felix Goldmann**-Oppeln.

Einleitung.

In einer früher in dieser Zeitschrift veröffentlichten Abhandlung[1]) ist von mir die Auffassung vertreten worden, daß es bei der Darstellung von Rechtsverhältnissen des Judentums nicht genügt, die Entwicklung bis zum Abschluß des Talmuds zu verfolgen, sondern daß die Untersuchung sich bis auf die späteren Decisoren erstrecken, ja bis auf den heutigen Tag durchgeführt werden müsse. Der dort für diese Behauptung angeführte Grund gibt zugleich die Erklärung, warum in dieser Arbeit öffentlich-rechtlicher Natur die — naturgemäß nicht umfangreichen[2]) — Arbeiten späterer Rechtslehrer nur anhangsweise berücksichtigt worden sind.

Die Ausübung der Zivilgerichtsbarkeit wurde und wird in gewissen Grenzen den Juden von allen Völkern zugestanden, zu denen sie in ein Abhängigkeitsverhältnis getreten sind[3]).

---

[1]) Bd. XXI., S. 197—241. Daselbst auch die Erklärung der Termini.

[2]) Mit dem von Maimonides im Mischnêh Tôrâh (vgl. Bd. XXI, S. 232, Anm. 66) zusammengestellten Material ist die Arbeit der Dezisoren über diesen Gegenstand im wesentlichen erschöpft (s. Anhang).

[3]) Vgl. zu diesen und den folgenden Ausführungen: Schürer, Geschichte des jüdischen Volkes im Zeitalter Jesu Christi. Bd. III, S. 71 f. und 76 f.

Anders im Strafrecht! Die Gewalt, Strafen zu verhängen, ist an sich schon eins der Hoheitsrechte des regierenden Staates, und so müßte man eigentlich jüdisches Strafrecht seit der Zeit ausschalten, da der Römer seine Hand auf Juda legte; nur der ältere Teil des tannaïtischen Stoffes müßte für echte Rechtsentwicklung gelten, die in der praktischen Ausübung einen Rückhalt und ein Regulativ besitzt, während der jüngere Teil und die ganze talmudische Entwicklung nichts wären, wie theoretische unfruchtbare Diskussionen eifriger Altertumsforscher und weltfremder Gelehrter.

Ganz ist dem aber nicht so, denn man muß bedenken, daß sowohl die römische Regierung wie die persische (unter deren Oberhoheit die babylonischen Juden lebten) nur in die wichtigeren Fragen der Kriminaljustiz eingriffen, indem sie z. B. die Vollziehung der Todesstrafe von ihrer Bestätigung abhängig machten. In den niederen Instanzen wurde ganz und gar und in der höchsten mit alleiniger Ausnahme der Kapitalverbrechen vom eingeborenen Richter ohne Mitwirkung der Regierung Recht gesprochen, so daß auch die einheimischen Gesetze die Grundlage der Rechtsprechung blieben [4]).

Dazu ist allerdings zu bemerken, daß gerade die Römer sich redliche Mühe gegeben haben, im ersten und zweiten nachchristlichen Jahrhundert den Juden die Ausübung der Kriminaljustiz unmöglich zu machen [5]). Nur so ist es zu verstehen, daß sie die Weihe von Rechtsschülern zu Rabbinern durch Handauflegung unter den peinlichsten Strafandrohungen

---

[4]) Vgl. dazu Schürer, a. a. O. Bd. II (3. Aufl.), S. 208—210. — Talmud jeruschalmi Sanhedrin I 18a, Zeile 33 von unten und VII 24b, Zeile 22 v. u. berichten, daß das Recht, Todesurteile zu verhängen, dem Synhedrion (dem obersten Gerichtshof) vierzig Jahre vor der Zerstörung des Tempels genommen worden sei. (Wenn gleich dahinter steht, daß ihnen zur Zeit Simon ben Jochai's [70 nach Christi Geburt] auch die Zivilgerichtsbarkeit genommen worden sei, so handelt es sich dabei natürlich nur um eine vorübergehende Maßregel.)

[5]) Vgl. Schürer a. a. O.

verboten, weil eben mit dieser „semîka“ die Qualifikation zur Rechtsprechung in Kriminalangelegenheiten verbunden war. Da ihnen dies aber durchaus nicht gelungen ist [6]), kann man von allem, was die tannaïtischen und talmudischen Quellen an strafrechtlichem Material behandeln (bis auf einzelne dem Tempelrecht etc. angehörige Partien), wohl sagen, daß es auf dem Boden des praktischen Lebens erwachsen ist. Nach dem 6. Jahrhundert hat — von vorübergehenden Ausnahmen abgesehen — die jüdische Diaspora nie einen Staat im Staate gebildet, so daß den Führern des Judentums auch nie — mit Ausnahme des Synagogenrechts [7]) — die Befugnis zur Strafrechtsverfolgung nach jüdischem Recht gegeben worden ist. Wir beschränken daher alle strafrechtlichen Abhandlungen auf das in den tannaïtischen Quellen und dem Talmud dargebotene Material, wobei selbst das letztere oft nichts ist wie fruchtlose Theorie.

Die Entwicklung im tannaïtischen Zeitalter.

Das tannaïtische Recht hat die Frage nach der Art der Bestrafung im Falle des Zusammentreffens mehrerer strafbarer Handlungen noch nicht theoretisch erledigt, sondern hat für häufig vorkommende Fälle gewisse Leitsätze geprägt. Die Schaffung eines terminus gehört der späteren talmudischen Zeit an.

In Bezug auf die hier zur Anwendung gekommene Einteilung der verschiedenen Fälle ist zunächst zu bemerken, daß

---

[6]) Vgl. Talmud babli Sanhedrin 13 b unten und 14 a oben, nach welcher Stelle Juda ben Bâbâ die Ordination von fünf (oder sechs) Schülern des als Märtyrer gestorbenen Rabbi Aqibâ mit dem Tode bezahlte.

[7]) An einem Fall wie der bekannten Geschichte des Uriel Acosta sieht man, daß die Gemeinde bis in die Neuzeit befugt ist, ihr (öffentlich-rechtliches) Synagogenrecht zur Anwendung zu bringen und die auf Grund seiner Bestimmungen ausgesprochenen Strafen zu vollziehen.

auch über den Begriff der Handlung und sein Verhältnis zu den durch eine Handlung erzielten Erfolgen sich naturgemäß keine theoretische Auseinandersetzung findet. Es geht aber deutlich hervor, daß das jüdische Recht Einheit der Handlung für gleichbedeutend hält mit Einheit des Erfolges, nur glaubt man, daß in einer Handlung eine andere schon mit einbegriffen sein oder zeitlich so nahe mit ihr zusammenfallen könne, daß der Anschein einer Handlung erweckt werde, während die Erfolge zeitlich und räumlich auseinanderfallen mögen und darum in ihrer Mehrheit unterscheidbar sind. Das Kriterium für alle Handlungen, welche in das Gebiet der Beurteilung nach der Idealkonkurrenzregel fallen, ist die Gleichzeitigkeit der verschiedenen Handlungsteile, welche den verschiedenen Erfolgen entsprechen. Nach jüdischer Auffassung würde in dem Falle, daß durch zwei Schüsse aus einem doppelläufigen Gewehr zwei Menschen getötet werden, dann Idealkonkurrenz vorliegen, wenn beide Hähne durch einen Fingerdruck abgezogen worden wären. Wird aber diese Handlung auch nur ein wenig auseinandergezogen, so daß ein zweimaliges Drücken notwendig ist, so stehen die Erfolge in Realkonkurrenz.

Innerhalb des Gebietes sind für das jüdische Recht folgende Unterscheidungen zu machen:

1. Idealkonkurrenz liegt vor, wenn eine Handlung mehrere Erfolge (an einem oder mehreren Objekten resp. Rechtsverhältnissen) zeitigt. Gleichartige und ungleichartige Idealkonkurrenz werden unterschieden.

2. Gesetzeskonkurrenz liegt vor, wenn eine Handlung in einem Erfolge mehrere Strafgesetze, meist ein spezielles und ein allgemeines verletzt.

3. Daneben gibt es die scheinbare Gesetzeskonkurrenz, eine anscheinend speziell jüdische Anschauung, die auch dort eine Gesetzeskonkurrenz erblickt, wo eine schuldhafte Handlung eine strafrechtliche Sühne erheischt und zivilrechtliche Ansprüche des Geschädigten nach sich zieht. Es kon-

kurrieren in diesem letzteren Falle die öffentlich-rechtlichen und die zivilrechtlichen Folgen des Vergehens.

Für alle diese drei Fälle sei vorausgeschickt, daß nur die Strafe, welche der schwereren Strafart angehört, vollzogen wird. (Ueber das Konkurrieren verschiedener Strafmaße siehe weiter Seite 42 und 48.)

Idealkonkurrenz liegt in folgenden Fällen vor:

1. a) („Wenn einer einen Getreidehaufen [Scheuer] anzündet, an den eine Ziege fest angebunden ist, während ein Knecht sich ganz in der Nähe befindet, so ist, falls der Knecht verbrennt, der Brandstifter verpflichtet, Ziege und Scheuer zu bezahlen.")

b) „Ist dagegen der Knecht angebunden und die Ziege in der Nähe (und beide verbrennen), so braucht er Ziege und Scheuer nicht zu bezahlen (ist aber wegen des verbrannten Knechtes des Todes schuldig)[8]."

Es konkurriert in b) Brandstiftung (fahrlässige[9]) oder vorsätzliche), für die der Täter durch Schadenersatz haftbar gemacht wird, mit der Tötung. Im Falle a) ist der Brandstifter nicht der Tötung schuldig, weil nach der Erklärung der Kommentare der Knecht sich hätte retten können.

Daß auch das Verbrennen der Scheuer und der angebundenen Ziege in Idealkonkurrenz stehen, ist hier nicht bemerkt und erörtert worden, dagegen wird anderwärts[10]) die Frage besprochen, wie es denn mit den in einem Getreidehaufen verbrannten Geräten stehe: „Wer eine Scheuer ansteckt, in der Geräte sind, bezahlt sie nach Rabbi Jehuda, nach den Weisen nicht."

Die Differenz ist entweder so zu erklären, daß Rabbi Jehuda ein Delikt und einen Erfolg annimmt, indem er die

[8]) Baraita Bâbâ qammâ 22 b, ebenso Mischnâh Bâbâ qammâ 6, 5.

[9]) Exodus 22, 5. Die Bibel kennt vorsätzliche Brandstiftung nicht; auch der Talmud erwähnt sie nicht als Verbrechen sui generis.

[10]) Mischnâh Bâbâ qammâ 6, 5.

Geräte als Bestandteil der Scheuer ansieht, der mit ersetzt werden muß, während die Weisen zwei Erfolge voraussetzen, so daß nur die Scheuer als das wertvollere (mit höherer Strafe belegte) zu ersetzen wäre, oder es steckt hierin die vereinzelte sonst nicht nachzuweisende Differenz, daß die eine Partei (Rabbi Jehuda) nur beim Konkurrieren verschiedener Strafarten die niedere dem Täter erläßt, während die andere Partei (die Weisen) dies auch auf das Konkurrieren verschiedener Strafmaße ausdehnt.

Ein Zusatz zur Mischnâh nimmt die erste Erklärungsweise an, indem sie sagt: „Die Weisen gestehen dem Rabbi Jehuda zu, daß der Brandstifter, der eine Burg ansteckt, alles bezahlen muß, was darin ist.“ Nur ein Erfolg, denn der Inhalt gehört mit zur Burg! Liegt Vorsatz vor, so erstreckt sich der Dolus sicherlich auf beides. Die feine Unterscheidung vom Getreidehaufen, in dem niemand das Vorhandensein von Geräten vermutet, ist zu beachten!

2. „Wenn ein Dieb im geheimen (d. h. meist in der Nacht) kommt (der nach biblischem Rechte[11]) straflos getötet werden darf) und er zerbricht dabei ein Faß, so ist a) falls die Tötung des Eindringenden eine Blutschuld nach sich zieht, d. h. nicht erlaubt ist, seitens des Eindringenden das Faß zu bezahlen. (Ein solcher Fall liegt vor, wenn z. B. der Vater bei dem Sohne eindringt, wo diesem nicht die Erlaubnis zum Töten des Vaters zusteht.)

Andererseits:

b) Falls die Tötung erlaubt ist, ist der Eindringende frei vom Bezahlen des Fasses[12]).“

Es konkurrieren der Schadenersatzanspruch (event. die Strafe wegen einer Sachbeschädigung) und die Todesstrafe. Zu bemerken ist, daß die in der Notwehr vollzogene Tötung des Angreifers äquivalent einer von der Behörde zu voll-

---

[11]) Exodus 22, 1 f.

[12]) Sanhedrin 8, 6.

streckenden Todesstrafe ist. Im Falle b) ist demnach der Schadenersatzanspruch hinfällig[13]). Dieser Fall gehört nicht zur scheinbaren Gesetzeskonkurrenz, da der zivilrechtliche Anspruch nicht durch denselben Erfolg der Handlung bedingt wird wie die strafrechtliche Sühne. Ferner zeigt die Ausführung der Gemara, daß das Bezahlen des Fasses hier gerade als eine Strafe aufgefaßt wird. (Vgl. dazu auch, daß im Text das Wort „Geldstrafe" nicht durch das zivilrechtlich gebrauchte taschlûmîn, sondern durch das indifferente mâmôn ausgedrückt ist.)

Gesetzeskonkurrenz kommt in folgenden Fällen in Frage:

1. „Wer da beischläft seiner Tochter, seines Sohnes oder Tochter Tochter (Enkelin), seiner Frau Tochter (von einem anderen Manne), der Tochter des Sohnes oder der Tochter seiner Frau (Stiefenkelin), hat keine Geldstrafe zu bezahlen (weil er des Todes schuldig ist)[14])."

Es konkurriert Blutschande (zwischen Verwandten auf- und absteigender Linie als spezielles Gesetz; Strafe dafür ist der Tod auf richterlichen Spruch) und der uneheliche Verkehr im allgemeinen, der nach jüdischem Rechte an sich verboten ist und mit einer Geldstrafe (qenas) von fünfzig Silberlingen belegt wird[15]).

2. „Rabbi Nechunjâ ben Hakânâ[16]) sagt: Wer da beischläft

a) seiner Schwester, der Schwester seines Vaters oder seiner Mutter (Tante), der Schwester seiner Frau und der Frau seines Bruders (Schwägerin), der Frau des Bruders seines Vaters (Tante), bezahlt keine Geldstrafe[17]);

---

[13]) Betreffs der Tatsache, daß ja die Todesstrafe gar nicht vollzogen worden ist, s. weiter S. 49 u. 54 ff.

[14]) Mischnâh Ketubôt 3, 2.

[15]) Exodus 22, 15, 16.

[16]) Dieser späterhin noch öfters erwähnte Tannaït gehört zur ersten Generation, er war der Lehrer des berühmten Rabbi Ismael. Vgl. Bacher, Haggada der Tannaïten I, S. 58—61.

[17]) Tosefta Ketubôt 3, 5 (S. 263, Zeile 20 ff. der Zuckermandelschen Ausgabe).

b) einer Menstruierenden, bezahlt ebenfalls keine Geldstrafe (qenas)."

Es konkurrieren:

a) Beischlaf zwischen Verschwägerten auf- und absteigender Linie sowie zwischen Geschwistern (worauf als Strafe nach biblischem Rechte Ausrottung[18]) steht, die in späterer Zeit durch Geißelung ersetzt wird)[19]) resp.

b) Beischlaf mit einer Menstruierenden (worauf ebenfalls als Strafe diese Geißelung angedroht ist) mit dem verbotenen unehelichen Verkehr (wie oben).

3. „Wer Gesäuertes, das Eigentum des Tempels ist, am Feiertag (Passah) verzehrt, hat ein ‚Veruntreuungsopfer' zu bringen. Nach anderer Ansicht hat er dies nicht nötig. Wer vertritt diese zweite Anschauung? Rabbi Nechunjâ ben Hakânâ[20])."

Ein „Veruntreuungsopfer" hat derjenige zu bringen, der dem Heiligtum Gehöriges an Geldeswert unterschlagen hat. Als Strafe hat er das Veruntreute zuzüglich eines Fünftels (von der dann entstehenden ganzen Summe, also in Wahrheit eines Viertels) zu zahlen und das Opfer darzubringen. Braucht einer letzteres nicht zu tun, so braucht er auch keine Strafe zu zahlen. Beides ist unauflösbar miteinander verbunden.

Es konkurrieren Unterschlagung von Eigentum des Heiligtums mit dem Verbot, am Pessach Gesäuertes zu essen, auf dessen Uebertretung die Ausrottungsstrafe steht. Rabbi Nechunjâ fußt auf dem Boden der Idealkonkurrenzregel und ist wahrscheinlich der Anschauung, daß die Geißelstrafe an Stelle der Ausrottung tritt, während die Anhänger der ersten Anschauung nicht etwa dem Kumulationsprinzip folgen, sondern nur die Ausrottungsstrafe, die vom Himmel vollzogen werden soll, nicht als Strafe rechnen.

---

[18]) Ueber die Ausrottungsstrafe (Kâret) s. Näheres S. 47 u. 58.

[19]) So ist der Fall zu finden Mischnâh Makkôt 3,1. Vgl. S. 58 f.

[20]) Baraita Pesâchim 29 a.

Folgende Bemerkung des Rabbi Nechunjâ ben Hakânâ gehört ebenfalls in das Gebiet der Gesetzeskonkurrenz:

4. „Rabbi Nechunjâ ben Hakânâ machte den Versöhnungstag wie den Sabbat in Bezug auf Schadenersatz. Ebenso wie ein Sabbatverletzer des Todes (durch Steinigung) schuldig ist und darum frei von Schadenersatz (wenn ein damit bedrohtes Vergehen mit der Sabbatverletzung in Idealkonkurrenz tritt), so ist man auch bei Verletzung des Versöhnungstages schuldig des Todes (allerdings nur durch die nicht von Menschenhand vollzogene Ausrottungsstrafe, die also hier nicht durch Geißelstrafe ersetzt ist) und frei von Schadenersatz (resp. Geldstrafe)[21]."

An anderer Stelle findet sich dasselbe in abgekürzter Form: „Rabbi Nechunjâ ben Hakânâ sagt: Versöhnungstag ist wie Sabbat in Bezug auf Schadenersatz[22]." Dieser Satz scheint eine prinzipielle Bedeutung angenommen zu haben, indem er den kasuistischen Ausdruck für die Einreihung und Bewertung der Ausrottungsstrafe darstellt, und zwar für diejenige Ansicht, welche sie nicht durch Geißelstrafe ersetzt, was deutlich aus der ersten der zitierten Stellen hervorgeht.

Zur praktischen Anwendung ist der Satz in folgendem Falle gekommen: „Wer am Versöhnungstag Brandstiftung begeht (und sich Ausrottungsstrafe zuzieht), ist von der Schadenersatzpflicht frei, wie wenn er sie am Sabbat begangen hätte (in welchem Falle er gerichtliche Todesstrafe erleidet)[23]."

5. Gesetzeskonkurrenz ist auch in den folgenden Fall später hineingebracht worden: „Wer ein durch organischen Fehler zu ritueller Schlachtung unbrauchbares Tier stiehlt und es schlachtet, wer dasselbe tut mit dem wegen wiederholten Angriffs auf einen Menschen zu steinigenden Ochsen sowie

[21]) Baraita Ketubôt 30 a, Baraita Pesâchim 29 a.

[22]) Tosefta Ketubôt 3, 5, S. 263, 22; Tosefta Bâbâ qammâ 7, 18, S. 360, 4; Tosefta Megillâ 1, 7, S. 222, 12; an letzterer Stelle ohne Bezug auf Idealkonkurrenz.

[23]) Baraita Gittin 3.

mit dem zur Sühne für einen unentdeckten Mord zu erwürgenden Kalbe (die beide nicht geschlachtet werden dürfen), wer stiehlt und das Tier dem Götzendienste beim Schlachten weiht, der bezahlt nach Rabbi Meïr das Vier- und Fünffache wegen des Diebstahls." Daß Tateinheit vorliegt, ist aus diesem Satze bisher nicht zu ersehen[24]), ebensogut mögen die Delikte in Realkonkurrenz stehen. Ein Zusatz jedoch besagt: „Rabbi Nechunjâ ben Hakânâ sagt, daß „der Sabbat wie der Versöhnungstag in Bezug auf Ersatzpflicht" sei und verneint sie[25]).

Will man mit diesem Rechtslehrer entscheiden, so muß man Gesetzeskonkurrenz annehmen, indem der Akt des Schlachtens eines verbotenen Tieres (resp. zu einem verbotenen Zwecke) zugleich den des Stehlens in sich schließt. Es konkurriert der unrechtmäßige Eigentumserwerb durch Spezifikation[26]) mit der verbotenen Schlachtung (die Ersatzpflicht mit der Geißel- und [beim Weihen zum Götzendienst] Todesstrafe). Daß nur Gesetzeskonkurrenz vorliegt, ist klar.

Einfacher ist dieser Fall an anderer Stelle beschrieben: „Stiehlt einer a) und schlachtet das Tier am Sabbat oder dem Götzendienst, b) den zu steinigenden Ochsen und schlachtet ihn, so bezahlt er (neben der Todes- resp. Geißelstrafe) nach Rabbi Meïr das Vier- oder Fünffache, nach den Weisen nicht[27])."

---

[24]) Nach der Bibel (Exodus 21, 37) ist statt des sonst üblichen zweifachen Ersatzes beim Stehlen und Schlachten von Schaf und Rind das Vier- und Fünffache zu zahlen. Diese Bestimmung, die für ein Nomadenvolk wohl am Platze ist, wird unter den späteren veränderten Lebensverhältnissen dadurch eingeschränkt, daß man unter Schlachten nur ein solches versteht, das rituell erfolgreich vorgenommen ist. Rabbi Meïrs Entscheidung ließe sich also als ein Widerspruch zu dieser Entwicklung sehr wohl begreifen.

[25]) Tosefta Bâbâ qammâ 7, 18, S. 360, 2 ff.

[26]) Spezifikation erwirbt auch nach jüdischem Rechte. Vgl. Kohler, Darstellung des talmudischen Rechts, S. 24. Der hebräische Grundsatz lautet: schinnui qônêh (Veränderung erwirbt!).

[27]) Baraita Ketubôt 33 b.

Wie oben ist stets nur eine Handlung und ein Erfolg anzunehmen. Es konkurrieren Sabbatverletzung, Götzendienst und Schlachten eines verbotenen Tieres mit dem Diebstahl.

6. Den reinsten Fall einer Gesetzeskonkurrenz, wo viele Male dieselbe Strafe konkurriert, könnte der folgende abgeben. (Entscheidungen im einzelnen sind nicht angegeben, die Vergehen sind numeriert): Es pflügt einer 1. mit Ochs und Esel zusammen, 2. die heilig sind, und zwar verursacht er dadurch 3. Mischsaat. Die Tat findet 4. im siebenten Jahre (Sabbatjahr) statt und zwar 5. an einem Feiertag. Der Betreffende ist dabei 6. ein Geweihter (Nâzîr) und 7. Priester, schließlich ist auch 8. der Platz unrein[28]." Es können dabei natürlich die verschiedensten Kombinationen entstehen, der Fall denkt an Gesetzeskonkurrenz. Bei diesem Zusammentreffen von gleicher Strafart tritt sicherlich entweder Strafschärfung oder Vollziehung aller Einzelstrafen (mit Unterbrechungen) ein[29].

Scheinbare Gesetzeskonkurrenz im oben erklärten Sinne, wobei teils die Sühne teils die zivilrechtliche Folgerung wegfällt, liegt vor[30]:

I. „Zeugen, die sich als meineidig herausstellen, haben bekundet, daß A dem B 200 Zuz (1 Zuz = 0,70 M. Silberdenar) schulde." Sie werden nach Rabbi Meïr mit Geißelhieben bestraft und bezahlen 200 Zuz (nach dem Grundsatz, daß der Meineidige dasjenige Uebel verwirkt hat, das er dem anderen zugedacht hatte; ein Ueberrest der Talion). Nach den Weisen heißt es aber: Wer bezahlt, bekommt keine Geißelstrafe[31]).

---

[28]) Mischnâh Makkôt 3, 9.

[29]) Vgl. S. 44 f. u. 48 f.

[30]) Dazu könnte die Entscheidung verglichen werden, die David (II Sam. 12, 6) ausspricht, wo der Raub eines Lammes durch den Tod des Räubers und Schadenersatz gesühnt werden soll. Natürlich ist das kein Beitrag zur Rechtsentwicklung, sondern ein impulsiver Ausruf des Königs. Auf Raub stand nach jüdischem Rechte niemals die Todesstrafe.

[31]) Mischnâh Makkôt 1, 2.

II. „Ebensolche Zeugen bekunden fälschlich, daß A vierzig Geißelhiebe verwirkt habe." Sie erhalten nach Rabbi Meïr achtzig, nach den Weisen vierzig[32].

Es konkurrieren Meineid, dessen Strafe vierzig Geißelhiebe sind (in der Praxis auf neununddreißig vermindert), und die Talion des falschen Zeugen, zu deren Erlaß an sich kein Grund vorliegt.

Der typische Fall liegt in folgender Baraita vor: „Wer dem Ochsen, der da drischt, das Maul verbindet, bekommt Geißelhiebe und bezahlt vier Kab (Hohlmaß) für ein Rind (und drei für einen Esel)"[33]. Diese Entscheidung ist an sich klar und verständig, die spätere Entwicklung[34] sieht aber auch hierin Gesetzeskonkurrenz und will von der Geißelstrafe befreien! Nach ihrer Anschauung konkurrieren das Gesetz über die Verbote (law) der Tora, nach welchem jede Uebertretung eines Verbots mit Geißelhieben bestraft wird, mit der Pflicht des Schadenersatzes für das dem Tiere entgangene Fressen. Dieses „Gesetz über die Verbote" macht nun ursprünglich natürlich nur dort einen Anspruch auf Anwendung, wo anderweitige Strafbestimmungen fehlen, während bei einem Verbot wie: „du sollst nicht stehlen" wegen der festgesetzten Strafe des doppelten Ersatzes die Geißelstrafe nicht zur Anwendung zu kommen braucht.

Aus den Fällen, in denen offenbar das Vorliegen einer Gesetzeskonkurrenz übersehen worden ist, sei angeführt: „Wer einem Götzen ein Trankopfer gießt, ist, falls es aus Irrtum geschah, frei vom Schadenersatz, falls mit Vorsatz, dazu verpflichtet[35]."

Da hier die Todesstrafe für den Götzendienst mit dem Schadenersatz für den verdorbenen Wein konkurrieren, müßte auch im Falle des Vorsatzes der Ersatz fortfallen. Die Mischnâh

---

[32]) Ibid. 1, 3.

[33]) Baraita Bâbâ Mesiʿâ 91 a.

[34]) Ibid. in der anschließenden Diskussion.

[35]) Mischnâh Gittin 5, 4.

hat die Gesetzeskonkurrenz nicht beachtet. (Der Umstand ist auch vom Talmud bemerkt worden. Er erklärt[36]), daß in dem terminus für „Trankopfer gießen" [menassêk] nicht notwendigerweise das Bestimmen von rituell brauchbarem Wein zum Götzendienst zu verstehen ist, sondern auch die Vermischung solches erlaubten Weins mit „Götzenwein" [jajin nesek]. In diesem Falle würde die Todesstrafe wegfallen und obige Entscheidung sich rechtfertigen.)

Wenn man dasjenige, was bei den einzelnen Beispielen bemerkt worden ist, zusammenfaßt, so ergibt sich mit Sicherheit, daß bei Verletzung mehrerer Strafgesetze durch ein und dieselbe Handlung bei ungleichen Strafarten nur dasjenige zur Anwendung kommt, das die schwerste Strafart androht. Daß dagegen bei gleicher Strafart nur dasjenige Gesetz zur Anwendung gekommen sei, welches die schwerste Strafe androht, muß als ausgeschlossen gelten. In solchen Fällen zeigt das jüdische Recht, wie noch näher ausgeführt werden wird, die Tendenz, Strafschärfung oder Kumulation eintreten zu lassen. Als ferneres Ergebnis steht fest, daß obige Regel sowohl für Ideal- wie Gesetzeskonkurrenz gilt, daß es gleichgültig ist, ob auf Uebertretung der Gesetze öffentlich-rechtliche Strafe oder Verpflichtung zum Schadenersatz steht und schließlich, daß sich die Neigung zeigt, die zivilrechtlichen Folgen einer strafbaren Handlung nicht eintreten zu lassen, wenn eine Bestrafung erfolgt ist.

Die einzige Gegnerschaft, welche dieses Prinzip der Anwendung der schwersten Strafart findet, knüpft sich an den Namen des Rabbi Meïr[37]). Andere Fälle können entweder auf andere Weise erklärt werden (wie die anonyme Ansicht bei der Veruntreuung des dem Heiligtum gehörigen Gutes,

---

[36]) Gittin 52b unten.

[37]) Einer der wichtigsten Gesetzeslehrer, der in der Mischnâh fast am häufigsten zitiert wird. Er gehört zur dritten Generation der Tannaïten, lebte um 150 n. Chr. und war ein Schüler Aqibâs. Vgl. Bacher, Hag. der Tannaïten II, 1—69.

S. 39) oder es liegt bei ihnen ein Uebersehen vor. (So auf S. 43 f.)

In zwei Entscheidungen hat sich Rabbi Meïr offen dafür ausgesprochen, daß beide Strafen zu vollstrecken seien. Zunächst hat er in dem Falle, daß Zeugen falsch schwören, zu Geißelstrafe und Schadenersatz verurteilt, und ebenso hat er den Dieb, der am Sabbat sich eine Kuh aneignete, zum Tode und zur Geldstrafe verurteilt, beide Male in ausdrücklich hervorgehobenem Gegensatz zu den Weisen resp. dem Rabbi Nechunjâ ben Hakânâ.

Diese Stellen lassen aber keinen Schluß zu über Rabbi Meïrs Stellung zur Idealkonkurrenzregel; denn im ersten Falle muß man beachten, daß es sich um scheinbare Gesetzeskonkurrenz handelt, wo absolut kein Grund vorliegt, den Bestraften von der verwirkten Talion zu befreien. Auch der zweite Fall handelt nur von einer öffentlich-rechtlichen Strafe, während die zweite dem Eigentümer des gestohlenen Gegenstandes zukam. Wenn wir auch schon annehmen wollen, daß der Eigentümer wenigstens den Gegenstand oder seinen einfachen Wert zurückerhielt, falls er das Unglück hatte, daß der Diebstahl in Idealkonkurrenz mit einem todeswürdigen Verbrechen stand, so bleibt die Ungerechtigkeit bestehen. Warum soll der Eigentümer in seinen Ersatzansprüchen schlechter gestellt sein, wenn der Dieb mit einer Handlung auch ein Gesetz verletzt, auf dessen Uebertretung Todesstrafe steht? Das Unsinnige dieser Anschauung wird später noch klarer zu Tage treten, wenn wir sehen werden, wie selten die Todesstrafe trotz ihrer häufigen Androhung vollstreckt wird. Es liegt hier nahe, anzunehmen, daß Rabbi Meïr diese Konsequenzen wohl gekannt und abgelehnt hat, daß er sich über die Art der Strafen, ob öffentlich- oder privatrechtlicher Natur, wohl im klaren war und daß er sich grundsätzlich auf den Standpunkt gestellt hat, daß eine öffentlich-rechtliche Strafe niemals von der Verpflichtung zu einer anderen Strafe befreit, die den Verletzten entschädigt. Die von ihm überlieferten Sätze lauten demgemäß:

„lôqêh umeschallêm“ und „mêt umeschallêm“, d. h. „man erhält Geißelstrafe und bezahlt“, und „man erleidet Todesstrafe und bezahlt“ [38]). Um zu erweisen, daß Rabbi Meïr tatsächlich ein Gegner der Aufsaugung der kleineren Strafe gewesen sei, müßte man von ihm den Satz überliefert haben: „mêt welôqêh“, d. h. „neben der Todesstrafe erleidet man die Geißelung“. Von einer dahingehenden Anschauung findet sich aber keine Spur. Die schon früher erwähnte Regel, daß die schwerere Strafart allein eintritt, muß schon ohne Widerspruch in früher Zeit für das jüdische Recht die herrschende Ansicht gewesen sein.

Wenn nun bestimmungsgemäß die schwerste Strafart vollzogen werden soll, so muß eine gewisse Bewertung und Anordnung der verfügbaren Strafmittel nach ihrer Schwere stattgefunden haben.

Die Todesstrafe steht natürlich an erster Stelle, doch gibt es auch hier eine Abstufung, da sie auf verschiedene Art, nämlich durch Steinigung, Verbrennen (nicht auf dem Scheiterhaufen, sondern durch Eingießen von geschmolzenem Blei in den Hals), Enthauptung und Erdrosselung vollzogen werden kann, und zwar gilt Steinigung als die schwerste, Erdrosseln als die leichteste Art [39]). Sind durch ein Vergehen mehrere Gesetze verletzt, die mit Todesstrafe bedroht sind, so tritt die schwerere ein [40]). (Als Beispiel geben die Kommentare, auch der Talmud, den Fall, daß einer mit seiner verheirateten Schwiegermutter Ehebruch treibt. Es konkurrieren Blutschande mit der Mutter des eigenen Weibes [Verbot des Umgangs mit einer Frau und ihrer Tochter], durch Verbrennungstod zu sühnen, mit dem durch Erdrosselungstod zu bestrafenden Ehebruch. Die erste Strafe wird vollzogen.)

Daß ferner die Todesstrafe in Konkurrenz mit jeder an-

---

[38]) Baraita Ketubôt 33 b.

[39]) Hierüber vgl. S. Mayer, Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer. III (Strafrechte), S. 59 ff.

[40]) Mischnâh Sanhedrin 9, 4.

deren stets die zu vollstreckende ist, dürfte klar sein. Der betreffende Satz lautet zwar nur: „wer das Leben verwirkt hat, braucht kein Geld zu bezahlen[41])," aber auch für Geißelstrafe ist es als selbstverständlich anzunehmen.

Schwankend ist die Stellung, die das Schrifttum der Ausrottungsstrafe (Karet) zuweist; was sie bedeutet, ist nicht geklärt; nur ist es erwiesen, daß sie nicht eine Todesstrafe ist, die von Menschenhand vollstreckt wird[41a]). Tritt sie in Konkurrenz mit einer Geldbuße, so ist der Standpunkt der tannaïtischen Quellen ein verschiedener.

a) Nach der Mischnâh bleibt die Geldstrafe bestehen (im Falle der Blutschande mit der Schwester[42]) in Konkurrenz mit unehelichem Beischlaf, wobei ersteres mit Karet bedroht ist);

b) nach der Tosefta[43]) bleibt sie nicht, sondern wird erlassen.

Die Tosefta steht unter dem Einfluß der noch zu berührenden Anschauung, daß auch die nicht vollzogene Todesstrafe die niedere absorbiert. Auch Rabbi Nechunjâ steht auf diesem Standpunkt der Tosefta, wenn er den Sabbat (dessen Uebertretung durch die gerichtliche Strafe der Steinigung bestraft wird) in Bezug auf Gesetzeskonkurrenz dem Versöhnungstag gleichsetzt (auf dessen Uebertretung Ausrottungsstrafe steht)[44]).

Tritt diese Karetstrafe in Konkurrenz mit Geißelstrafe, so wird diese ebenso absorbiert, wie es bei einer gerichtlichen Todesstrafe der Fall sein würde[45]).

---

[41]) Ketubôt 32.

[41a]) [Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XX, S. 241. — Kohler.]

[42]) Mischnâh Ketubôt 3, 1.

[43]) Tosefta Ketubôt 3, 5, S. 263, 20 behandelt dieselbe Materie.

[44]) Die Karetstrafe wird während der tannaïtischen Zeit durch die Geißelstrafe ersetzt worden sein; dieser Ersatz, der auch den Grund für obige Differenz mit abgibt, wird genauer im zweiten Teil (S. 58) behandelt. Er hat die Skala der Kriminalstrafen in Verwirrung gebracht.

[45]) Baraita Makkôt 13 a unten, 13 b oben.

Für die Frage nach der Skala der Strafen sind die Stellen wichtig, wo Geißelhiebe mit Geldstrafe konkurrieren. Alle erwähnten Beispiele erlassen hier die Geißelstrafe, so daß sich für die tannaïtische Zeit die Reihenfolge ergibt:

1. Todesstrafe (in verschiedenen Abstufungen);

2. Geldstrafe;

3. Prügelstrafe, wobei letztere fast immer neununddreißig Hiebe beträgt, während die schwerer bewertete Geldstrafe an sich so tief sinken kann, daß sie an Bedeutung weit unter der Prügelstrafe steht.

Die Bedeutung dieses letzten Punktes erscheint noch klarer, wenn man schließlich das Zusammenfallen mehrerer Geißelstrafen betrachtet. Deutlich wird es ausgesprochen: „Begeht einer ein Verbrechen, durch welches er zwei Verbote der Thora übertritt (so daß er zweimal Geißelhiebe verwirkt hat), so erhält er erst einmal Geißelhiebe und nachdem er wieder geheilt ist, das zweite Mal[46])". Dieser Fall veranschaulicht am deutlichsten das Verfahren beim Zusammenfallen mehrerer Strafen derselben Art.

Zusammenfassend ist demnach über das bei Tateinheit zur Anwendung kommende Verfahren zu bemerken:

a) Konkurrieren mehrere Gesetze, welche verschiedene Strafarten androhen, so kommt nur dasjenige zur Anwendung, das die schwerste Strafe verhängt.

b) Konkurrieren mehrere Gesetze, welche die gleiche Strafart androhen, so tritt Kumulation ein.

c) Ihrer Schwere nach sind die vorhandenen Strafmittel zu ordnen:

1. Todesstrafe (in vier Abstufungen).

2. Geldbuße;

3. Geißelstrafe.

---

[46]) Tosefta Makkôt 5, 12, S. 444, 26 f.

d) Eine Umwandlung der letzten beiden Strafen ist dem jüdischen Rechte unbekannt. Da demgemäß jedes Wertverhältnis fehlt, ist die Geldstrafe unabhängig von ihrem Betrage stets als die schwerere zu betrachten.

Zur Prägung eines theoretischen Lehrsatzes über diese Regeln hat es die tannaïtische Entwicklung noch nicht gebracht.

Anhangsweise ist zu erwähnen, daß die tannaïtische Zeit den Ansatz zu einer Entwicklung zeigt, die da beweisen würde, wie das Strafrecht allmählich in das Stadium der rein theoretischen, lebensfremden Behandlung trat. Bei der Ausrottungsstrafe war schon darauf hingewiesen worden, daß eine Ansicht sie, obwohl sie nicht vollzogen wird, für so weit wirksam hält, daß sie in Konkurrenz mit anderen Strafen diese gleichwohl aufhebt. Es bahnt sich hier eine Richtung an, die in talmudischer Zeit von großer Bedeutung wurde, eine Richtung, die jeder aus irgend einem Grunde nicht vollstreckbaren Todesstrafe diese Kraft zuspricht. Interessant nach dieser Seite hin ist für die tannaïtische Zeit der Fall des Diebes, der bei einem nächtlichen Einbruch ein Faß zerbricht[47]). Ist dem Hausherrn die Tötung des Diebes erlaubt, so fällt der Ersatz für die beschädigte Sache fort. Der Umstand, daß der Dieb während des Einbruchs einem zum Tode Verurteilten insofern gleich zu achten ist, als die Todesstrafe jederzeit an ihm hätte vollstreckt werden können, wird ohne weiteres einem vom Gericht ausgesprochenen Urteil gleichgestellt. Die Selbstverständlichkeit, mit der es nicht darauf ankommt, ob die Strafe vollstreckt, sondern nur darauf, daß sie ausgesprochen wird, ist bemerkenswert. Der Vorteil, den die Idealkonkurrenzregel gewährt, wird gewissermaßen zu einer Entschädigung für die durch die Todesgefahr verursachte Angst des Diebes.

---

[47]) Siehe vorher S. 37.

Die Entwicklung im talmudischen Zeitalter.

Die talmudische Entwicklung bedeutet insofern einen Fortschritt, als die aus tannaïtischer Zeit überlieferten Fälle weiter ausgestaltet wurden und auch neue in den Gesichtskreis kamen, jedoch ist der Einfluß der allmählichen Außerkraftsetzung des jüdischen Strafrechts wohl zu spüren.

Für die Idealkonkurrenz liegt die Erweiterung des Diebstahls zur Nachtzeit in Konkurrenz mit einer Sachbeschädigung vor[48]). „Von Râbâ wird erzählt, ihm seien ‚im geheimen' Ziegen gestohlen worden, die von den Dieben später wiedergebracht wurden. Er aber nahm sie nicht[49])."

Während der Fall der Sachbeschädigung sich ohne weiteres als Idealkonkurrenz erwies, muß man hier zunächst die Anschauung des Talmuds verstehen, die nicht einfach einen schweren Diebstahl annimmt. Sie erblickt in dem Eindringen zur Nachtzeit ein selbständiges Delikt, wozu dann als zweites das Stehlen der Ziegen tritt. (Wollte man dagegen nur Diebstahl annehmen, wozu die Nachtzeit als erschwerender Umstand träte, so gehörte der Fall in das Gebiet der uneigentlichen Gesetzeskonkurrenz.) Als Strafen konkurrieren der drohende Tod bei Ertappung auf frischer Tat und der doppelte Schadenersatz für den Diebstahl.

Oben hatten wir angenommen, daß die nicht vollzogene Todesstrafe nur insofern in Konkurrenz mit der Diebstahlsstrafe diese aufsaugt, als der doppelte Ersatz fortfällt, während die gestohlene Sache in natura oder ihr einfacher Wert jedenfalls zurückzuerstatten wären. Râbâ nimmt sie von

---

[48]) Sanhedrin 72a. Ueberliefert im Namen von Rab (eigentlich 'Abbâ 'arêka), Gründer und erster Vorsteher der babylonischen Hochschule zu Sura. Starb 247. Vgl. Bacher, Hagada der babyl. Amoräer, S. 1—32.

[49]) Lebte weit später denn Rab als Schulvorsteher zu Machuza. Starb 352. Vgl. Bacher a. a. O. S. 114—133.

den Dieben nicht an! Wäre das nicht vereinzelt gebliebene Theorie, so würde es eine gewaltige Ueberspannung der Segnungen der Idealkonkurrenzregel und eine Verwirrung der Rechtsbegriffe bedeuten! Der schwere Diebstahl wäre ein privilegiertes Delikt, bei dem es nur auf den Erfolg ankommt. Glückt er, so bleibt der Dieb straflos! Râbâ bemerkt dazu ausdrücklich: „Durch die Gefahr (des Getötetwerdens) hat er das Gestohlene erworben!“

Gesetzeskonkurrenz liegt vor in folgenden Fällen:

1. „Rabbâh [50]) sagt:

a) Wenn einer eine Ziege stiehlt und sie am Sabbat schlachtet, so bezahlt er das Doppelte und erleidet den Steinigungstod;

b) stiehlt er und schlachtet er am Sabbat, so ist er frei (von der leichteren Strafe) [51]).“ Als Begründung wird hinzugefügt: „Wenn kein Stehlen stattgefunden hätte, wäre auch nicht geschlachtet worden.“

In a) liegt Tatmehrheit vor, bei der auch im jüdischen Rechte beide Strafen vollstreckt werden. In b) konstruiert die Begründung eine einheitliche Handlung, um es zu erklären, daß nicht zweimalige Sabbatverletzung vorliegt. Es konkurriert der Diebstahl mit der Sabbatverletzung durch das Schlachten. Die gegebene Entscheidung ist aber nur bei der Annahme zu verstehen, daß der Akt des Schlachtens zugleich den des Stehlens in sich enthält.

Derselbe Fall ist angeführt mit Vertauschung des Begriffs „Sabbat“ durch den ebenfalls erschwerenden „im geheimen“. Konsequenzen und Entscheidungen sind dabei dieselben.

2. „Wenn einer eine Kuh entleiht und sie am Sabbat schlachtet, so braucht er sie nicht zu bezahlen [52]).“

---

[50]) Babylonischer Amoräer, starb 331, war Vorsteher der Hochschule zu Pumbedita. Vgl. Bacher, Hagada der babyl. Amoräer, S. 97—100.

[51]) Ketubôt 34 b.

[52]) Ketubôt 34 b.

Es konkurriert Diebstahl (Eigentumserwerb durch Spezifikation)[53]) mit Sabbatverletzung in einer Handlung; in dem Augenblick, da der Entleiher die Kuh tötet, erwirbt er sie. Es ist natürlich anzunehmen, daß er gleichwohl zum einfachen Ersatz verpflichtet ist.

3. „Es schlachtet einer eine Kuh für seinen eigenen Gebrauch und das Junge dieser Kuh an demselben Tage für den Götzendienst“; er ist frei von Geißelhieben[54]).

Es konkurrieren: das Weihen einer Sache für den Götzendienst, worauf Todesstrafe steht, mit dem Verbot das Junge an demselben Tage zu schlachten, wie die Mutter, was durch Geißelhiebe bestraft wird.

4. a) „Wer einen Beutel am Sabbat stiehlt, hat auch das Doppelte zu bezahlen;

b) Wer den Beutel nach sich schleppt und herausgeht, ist frei (vom doppelten Ersatz[55]).“

In a) liegt Realkonkurrenz zweier selbständiger Handlungen vor. Der Täter hat erstens den Beutel erhoben und ihn damit „erworben“, d. h. gestohlen, zweitens hat er mit dem gestohlenen Beutel das Haus verlassen und durch Tragen eines Gegenstands auf der Straße den Sabbat verletzt. In b) liegt Gesetzeskonkurrenz vor. In dem Augenblick, da er das Haus verläßt, erwirbt (stiehlt) er den Beutel, indem er ihn in ein anderes „Gebiet“, die Straße (reschût hârabbîm), bringt; durch das Tragen auf die Straße hat er auch den Sabbat verletzt. Auch hier die unsinnige Folge, da die Todesstrafe wegen Sabbatverletzung zu dieser Zeit kaum je vollstreckt wurde (s. S. 53 f.), daß der Diebstahl am Sabbat und erst recht am Versöhnungstag straffrei bleibt, wenn der Dieb so vorsichtig ist, Diebstahl und Sabbatschändung in einer Handlung vorzunehmen. Der Fall wird späterhin kasuistisch eingeschränkt.

---

[53]) Vgl. Anm. 26.

[54]) Chullin 81 b.

[55]) Sanhedrin 72 a.

Um den wichtigsten Fortschritt der talmudischen Zeit gleich vorweg zu nehmen, ist zu bemerken, daß sie eine Formel für die Regel der Idealkonkurrenz geprägt hat. Es ist hier wie bei fast allen Gebieten des jüdischen Rechts erst verhältnismäßig spät zur Schaffung eines kurzen Ausdrucks gekommen, während wohl auch schon in tannaïtischer Zeit die Aussprüche des Rabbi Nechunjâ und des Rabbi Meïr (S. 40 und 45) eine Bedeutung angenommen hatten, die sich weit über den Rahmen des betreffenden Falls erstreckte. Die anonyme Formel des Talmuds lautet: qîm lêh biderabbâh minêh. „Man belegt ihn mit der schwereren Strafe[56].“ Diese Form deckt sich durchaus mit der Annahme, daß die Straflosigkeit bei Tateinheit sich damit erschöpft, wenn nur die der schwersten Strafart angehörige Strafe vollstreckt wird.

Die Anwendung des Gesetzes über das Zusammentreffen mehrerer verletzter Gesetze mußte eine Modifikation erleiden durch eine eigenartige Auffassung, die das jüdische Recht von einer der Strafen hat. Der allgemeine Eindruck, den man von der Entwicklung des talmudischen Strafrechts bekommt, ist eine fortschreitende Humanisierung, wobei nicht außer acht zu lassen ist, daß sich in der Theorie gewiß leicht human verfahren ließ. Dies kommt vornehmlich in der Stellung der Todesstrafe zum Ausdruck. Während noch das mosaische Gesetz für eine große Anzahl von Vergehen Todesstrafe festsetzt, wird sie im späteren Rechte erheblich eingeschränkt, natürlich nicht auf dem Wege der Abschaffung, sondern auf dem der Interpretation bei voller Aufrechterhaltung des alten Gesetzes. Wir sehen z. B. wie trotz der Befugnis des jüdischen Richters, alle Beweismittel frei würdigen zu dürfen, eine Verurteilung zum Tode nur dann gestattet wird, wenn eine bestimmte Anzahl

---

[56]) Zitiert Ketubôt 36 b, Makkôt 4 a, Gittin 53 b u. ö. [Vgl. Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XX, S. 235. — Kohler.]

von Zeugen die Schuld des Angeklagten erwiesen hat. Spätere Erschwerungen betreffen das Zeugenverhör [57]), das sehr eingehend gestaltet wird, ja man gibt dem schon Verurteilten die Erlaubnis, selbst noch auf dem Richtplatze neue Beweisanträge zu stellen, die stets wieder geprüft werden mußten [58]).

Die allergrößte Erschwerung erwuchs schließlich aus der sogenannten Verwarnung. Ein eines Kapitalverbrechens Beschuldigter wurde nur dann hingerichtet, wenn die Zeugen bekundeten, daß er vorher verwarnt worden sei [59]). War dies nicht geschehen, so konnte der Verbrecher nicht dem Nachrichter überliefert werden. (Dabei ist allerdings anzunehmen, daß die Todesstrafe wenigstens ausgesprochen wurde.) So ist der Ausspruch wohl zu verstehen, daß „ein Synhedrion, welches alle 7 Jahre einen Menschen hinrichtet, ein ‚verderbliches‘ genannt wird,“ wenn auch die Zusätze natürlich übertrieben sind. „Rabbi Eliezer sagt: Wenn es alle 70 Jahre einen Menschen zum Tode verurteilt! Rabbi Tarphon und Rabbi Akiba erklären: Wenn wir Mitglieder des Synhedrions gewesen wären, so würde nie ein Mensch hingerichtet worden

---

[57]) Vgl. Sanhedrin 4, 5. Frankel, Der gerichtliche Beweis nach mosaisch-talmudischem Recht, S. 17 ff.

[58]) Mischnâh Sanhedrin 5, 5 (Gemara 42 a).

[59]) S. Mayer, Rechte der Israeliten, Athener und Römer, Bd. III (Strafrechte), S. 78 ist geneigt, diese Tatsache allzu tief zu deuten. Er meint, es komme die talmudische Auffassung zum Ausdruck, als könne ein Mensch nur dann hingerichtet werden, wenn der Vorsatz und die Ueberlegung der Tötung durch seinen ausgesprochenen Willen, die Todesstrafe zu erleiden, sich dokumentieren. Dieser moderne Gedanke steckt meiner Anschauung nach nicht darin. Man braucht auch nicht einmal anzunehmen, daß die Verwarnung den Dolus bei dem vorliegenden oder einem späteren Verbrechen überhaupt klar und sichtlich machen soll. Der Satz, daß neue Verhältnisse durch Interpretation in die alten Gesetze hineingetragen werden, genügt völlig zur Erklärung. Das Gericht hat zur Zeit der hasmonäischen Könige nicht mehr wie zu mosaischer Zeit eine Sabbatverletzung mit dem Tode bestrafen wollen und können. [Ueber die Verwarnung vgl. auch Zeitschr. XX, S. 233. — Kohler.]

sein[60]." Dieser Zusatz zeigt zugleich, daß zur Zeit der angemaßten Kriminaljustiz die Verhängung der Todesstrafe nach jüdischem Rechte überhaupt nicht mehr vorkam.

Wenn nun die Todesstrafe mit einer anderen konkurriert, so wird die Frage dringend, wie zu verfahren sei, wenn sie nicht vollzogen wird, weil keine Verwarnung vorausgegangen ist oder weil das Verbrechen, auf dessen vorsätzliche Begehung Todesstrafe steht, nur fahrlässig verübt worden ist. Dasselbe gilt eigentlich auch von der Geißelstrafe, welche aus denselben Gründen nicht vollzogen wird, jedoch kommt ihre Stellung weniger in Betracht, da sie in der Skala der Strafarten an letzter Stelle steht. Die Aufwerfung dieser Frage seitens des Talmuds zeigt uns zugleich, daß das Moment der mangelnden Verwarnung oder der Fahrlässigkeit nicht zu einem Freispruch führte, sondern nur die Vollstreckung der vom Richterkollegium ausgesprochenen Strafe hinderte.

Die Frage, wie in solchen Fällen zu verfahren sei, wird verschiedentlich behandelt. Beispiele[61]:

Es schlachtet jemand eine Kuh für seinen eigenen Gebrauch und an demselben Tage das Junge für den Götzendienst (s. S. 52; Gesetzeskonkurrenz zwischen dem Verbot, nicht an demselben Tage das Tier und das Junge zu schlachten, durch Geißelhiebe zu bestrafen, und Götzendienst, worauf Todesstrafe steht).

Nun ist der Täter wegen des ersten Gesetzes verwarnt, wegen des zweiten nicht, so daß er — wären die Vergehen in Realkonkurrenz — wohl Geißelhiebe erhalten, nicht aber getötet werden würde.

Es fragt sich, da der Vollzug der schwereren Strafe nicht

---

[60]) Mischnâh Makkôt 1, 10. Der Satz enthält zugleich in einer Schlußbemerkung den Gedanken, daß die Todesstrafe als Abschreckungsmittel notwendig sei. Rabbi Eliezer gehört zu den älteren, R. Tarphon und R. Aqibâ zu den jüngeren Tannaïten der zweiten Generation (90—135 nach Christi Geburt).

[61]) Die ganze folgende Ausführung: Chullin 81b.

stattfindet, ob die leichtere nicht dafür eintritt. Es sagen a) Rabbi Jochanan[62]): „Die leichtere Strafe wird vollstreckt, d. h. der Strafvollzug wird mit in Betracht gezogen und für solche Fälle hört die Regel der Idealkonkurrenz auf; b) Rabbi Simon ben Lâqîsch[63]): Da die Strafe, wenn er verwarnt ist, vollzogen wird, ist er auch so frei."

Rab Dimi[64]) hat diese beiden differierenden Ansichten so formuliert:

„Ist einer schuldig des Todes oder der Geißelhiebe wegen eines irrtümlich begangenen Verbrechens und einer anderen Strafe, wie z. B. Geld, so sagt Rabbi Jochanan letztere werde vollstreckt, R. S. b. Lâqîsch dagegen, daß dies nicht der Fall sei."

Hier ist eine etwas andere Färbung in den Fall gekommen, Rab Dimi scheint die Entscheidungen der beiden Rechtslehrer auf Fälle von scheinbarer Gesetzeskonkurrenz zu beziehen, was ursprünglich nicht in ihnen liegt. Die Differenz zwischen den beiden Gegnern kehrt an anderer[65]) Stelle wieder, wo nach Aussage des R. S. b. Lâqîsch ausdrücklich bei Zusammentreffen von Geld- und Todesstrafe Befreiung von der letzteren eintritt, während Rab Dimi obige Entscheidung wieder ausdrücklich für Tod und Geißelstrafe überliefert.

Die Entscheidung neigt sich allmählich zu Gunsten des R. S. b. Lâqîsch. Denn Rabina[66]) sagt: „Wenn die Todesstrafe, welche nicht vollzogen wird, in Konkurrenz mit einer anderen Strafe steht, ist es klar, daß letztere auch nicht vollzogen wird[67])." Der Streit geht hier auf das Zusammentreffen von

---

[62 u. 63]) Beide um das Jahr 250, zur zweiten Generation der palästinensischen Amoräer gehörig. Bacher, Hagada der palästinensischen Amoräer I, S. 205—418.

[64]) Ein jüngerer babylonischer Amoräer.

[65]) Ketubôt 34 b.

[66]) Einer der letzten Amoräer, er gehörte mit zu denen, die den Talmud schriftlich zu fixieren begannen (um 500).

[67]) Ketubôt 35 a.

Geißelstrafe, die nicht vollzogen wird, mit einer anderen über, wobei Rabbi Jochanan die letztere vollstrecken läßt, R. S. b. Lâqîsch nicht [68]).

Die Ansicht, daß bei Konkurrenz zweier Strafen, von denen die schwerere aus gewissen Gründen nicht vollzogen wird, auf die leichtere die Regel der Idealkonkurrenz Anwendung findet und daß auch sie demgemäß ausfällt, dringt durch [69])!

Daß die schon erwähnten bedenklichen Folgen dieser Anschauung eine Einschränkung veranlassen mußten, ist selbstverständlich.

Wir hatten den Fall erwähnt [70]), daß ein Dieb durch Ueberschreiten der Schwelle unter Nachschleppen eines Beutels den Sabbat verletzt und einen Diebstahl begeht. Wegen des Diebstahls wird er nicht bestraft, obwohl auch die Todesstrafe für die Sabbatverletzung nicht vollzogen wird. (Das hieße, da der Dolus für letzteres Vergehen stets schwer oder überhaupt nicht einwandfrei herzustellen sein wird, daß der Diebstahl erlaubt wäre, wenn man sich die Mühe gibt, ihn in Idealkonkurrenz mit Sabbatverletzung zu begehen.)

Das Widersinnige dieser Auffassung leuchtet auch dem Talmud ein und er sucht einzuschränken, indem er entscheidet, daß Befreiung von der Strafe des Diebstahls nur dann eintreten solle, wenn der gestohlene Gegenstand nicht mehr existiert (was nach talmud. Begriffen auch dann schon der Fall ist, wenn er in einen tiefen Fluß geworfen wird). Diese Einschränkung will besagen, daß in solchen Fällen, wie der erwähnte, der Gegenstand wenigstens zurückgegeben werden, oder — wenn er nicht mehr vorhanden ist — ersetzt werden muß.

---

[68]) Der auffällige Umstand, daß hier die Geißelstrafe vor der Geldstrafe rangiert, erklärt sich, wie auf S. 58 f. auseinandergesetzt wird, durch ihre Entstehung aus der Karetstrafe.

[69]) Ihre Wurzeln lagen schon in der tannaïtischen Zeit. Siehe S. 49.

[70]) Sanhedrin 72 a. Siehe vorher S. 52 f.

In dem Verhältnis der Strafarten zueinander hat die talmudische Entwicklung nur wenig geändert. Nach wie vor steht natürlich die Todesstrafe an erster Stelle. Ueber den Vorrang von Geißel- oder Geldstrafe kommen jedoch Streitigkeiten vor. „Man erhält Geißelstrafe und bezahlt, so sagt Rabbi Meïr.

Die Weisen dagegen sagen: Wer zu bezahlen hat, bekommt keine Geißelstrafe. Wir könnten doch aber ebensogut sagen: Wer Geißelstrafe zu erleiden hat, bezahlt nicht[71])?“ Auch anderwärts zeigt sich, daß die Auffassung von dem Vorrange der Geißelstrafe ebenfalls auftrat[72]).

Wenn nun bis in die talmudische Zeit solche Streitigkeiten vorkommen können, so liegt das nicht etwa daran, daß die Auffassung von der Schwere der Strafen noch schwankend ist, sondern an ganz etwas anderem. Für die biblische Strafe des Karet ist nämlich im Laufe der Zeit die Geißelstrafe als Ersatz eingetreten, sie vertritt also eine Todesstrafe.

Schon die Mischnâh hatte für manche Fälle, in denen die Bibel Ausrottung androhte, Geißelstrafe eintreten lassen[73]). Dabei hatte sich aber zuweilen das Bewußtsein erhalten, daß sie hier als Ersatz einer Art von Todesstrafe anzusehen sei, so daß tatsächlich die Frage dringend wurde, was den Vorzug verdiene, wenn sie in Konkurrenz mit Geldstrafe kam.

Karet war ja eine Strafe, die von Gerichts wegen nicht vollzogen wurde; es lag also nahe, sie wie eine nicht vollstreckte Todesstrafe zu behandeln und demgemäß dic Geißelstrafe entweder gar nicht anzudrohen oder sie wenigstens ihrem Werte nach gleich hinter der Todesstrafe rangieren zu lassen. Allmählich aber wurde es übersehen, daß eigentlich zwei Arten von Geißelstrafe bestehen und daß die Skala lauten müßte:

---

[71]) Ketubôt 32b, 1, bringt im weiteren Verlaufe eine Diskussion, die tatsächlich die Geißelstrafe höher bewerten will.

[72]) Bâbâ Mesiʿâ 91a u. b.

[73]) Makkôt 3, 1.

1. Todesstrafe;
2. Geißelstrafe als Ersatz für Karetstrafe;
3. Geldstrafe;
4. gewöhnliche Geißelstrafe.

Da in der Art der Vollstreckung beider Strafen ein Unterschied nicht wahrnehmbar war, verwischte sich der in den Motiven liegende und sie wurden völlig gleichgestellt. Die Mischnâh [74]) belegt schon diejenige Blutschande, auf die Karetstrafe steht, in Idealkonkurrenz mit unehelichem Beischlaf, worauf Geldstrafe steht, allein mit der letzteren. Ihr ist also an dieser Stelle, da sie die Geißelstrafe niedriger als die Geldstrafe bewertet, die Erinnerung schon geschwunden, daß sie ein Ersatz für eine Todesstrafe war, und auch der Talmud übersieht es in seiner Erklärung zu dieser Mischnâh an anderer Stelle [75]).

Schließlich hat der Talmud auch die Frage berührt, wie denn zu verfahren sei, wenn bei einem Falle von Idealkonkurrenz mehrere Personen geschädigt worden sind. Natürlich entsteht hier nur darum eine Schwierigkeit, weil die Geldstrafe nicht der Staatskasse anheimfällt, sondern immer noch die Form einer Entschädigung an den Verletzten behält. Ebenso können in Fällen von uneigentlicher Gesetzeskonkurrenz mehrere geschädigte Personen in Frage kommen.

Ein Beispiel gebe der folgende Fall [76]): „Rab Josef [77]) sagt: Bringt ein Mann Zeugen, daß seine Frau Ehebruch getrieben hat und bringt ihr Vater Zeugen, die die Zeugen des Mannes Lügen strafen, so werden die Zeugen des Mannes getötet und brauchen Geld nicht zu bezahlen.“ (Das „Geld“ ist die vom Manne bei der Scheidung auszuzahlende Summe, die ketubâh, die man einer wegen Ehebruchs verstoßenen Frau nicht zu zahlen brauchte!)

---

[74]) Makkôt 3, 1.

[75]) Makkôt 13a u. b.

[76]) Sanhedrin 9b.

[77]) Ein babylonischer Amoräer der dritten Generation. Starb 333.

Hier liegt einfache uneigentliche Gesetzeskonkurrenz vor. Den Tod erleiden die falschen Zeugen, weil sie die Frau wegen Ehebruchs zu Tode bringen wollen, zugleich haben sie Schadenersatz für die versuchte Schädigung zu leisten.

„Bringt hingegen der Mann wieder neue Zeugen, die den Falscheid der Zeugen des Vaters aufdecken, so werden letztere getötet (weil sie den Tod der Zeugen des Mannes herbeiführen wollten) und sie bezahlen das Geld“ (dem Manne, den sie ja dazu bringen wollten, der tatsächlich ehebrecherischen Frau die ketubâh zu zahlen).

Hier richten sich die Vergehen gegen mehrere Personen. Geschädigt sind die Zeugen des Ehemannes und dieser selbst.

Diese Stelle verkündet also das Prinzip, daß beim Konkurrieren von Todesstrafe und Schadenersatz letzterer nur dann fortfällt, wenn eine Person geschädigt ist, nicht aber, wenn der Schaden sich auf mehrere erstreckt. In letzterem Falle wird beides vollstreckt. Diese Entscheidung ist nicht etwa als ein Versuch zu betrachten, das Prinzip der Idealkonkurrenz an sich zu durchbrechen, sondern Rab Josef, der Ueberlieferer des Satzes, hat richtig erkannt, daß solche Fälle nicht zu denen einer Tateinheit mit mehreren Erfolgen gerechnet werden dürfen. Er hat, wenigstens für den Fall, daß verschiedene Personen betroffen sind, die Verpflichtung zur zivilrechtlichen Entschädigung neben der strafrechtlichen Buße festgestellt. Zugleich zeigt der Fall, daß man allmählich öffentliches und privates Recht schärfer zu scheiden beginnt.

Daß diese Auffassung die richtige ist, wird dadurch bewiesen, daß in einem Falle einer wirklichen Idealkonkurrenz stets nur die eine Strafe vollzogen wird, selbst wenn mehrere Personen geschädigt sind. So in dem weiter ausgeführten Fall der Brandstiftung bei einer Scheuer, an die ein Knecht angebunden ist, während eine Ziege frei daneben steht. Die Entscheidung, daß der Täter frei vom Ersatz der Scheuer (und der Ziege) ist, weil er ja wegen der Tötung des Knechtes

sterben muß, wird vom Talmud [78]) auch für den Fall ausdrücklich festgestellt, wenn die verletzten Objekte mehreren Eigentümern gehören.

Anhang.

Der einzige unter den Kodifikatoren, der öffentlich-rechtliche Materien einer eingehenderen Betrachtung unterzieht, ist Maimonides [79]). Seinem juristischen Scharfblick sind viele der Widersprüche und unbegreiflichen Entscheidungen der babylonischen Rechtsschulen nicht entgangen, und er hat in den meisten Fällen plausible Erklärungen zu geben versucht [80]). Seine Anschauungen bedeuten also in gewissem Sinne eine Fortentwicklung.

Der auffallendste Umstand der talmudischen Entscheidungen war die Bestimmung, daß die nach der Regel der Idealkonkurrenz entfallende Strafe auch dann ausfiel, wenn die schwerere aus irgend einem Grunde nicht vollstreckt wurde. Hier hat Maimonides eingesetzt, um, wenn irgend möglich, durch irgend ein Mittel den Verbrecher der verdienten Strafe zuzuführen.

In vielen Fällen entscheidet er rein formal, indem er statt Gesetzeskonkurrenz reale Konkurrenz annimmt und so beide Strafen vollziehen läßt. Auf diese Weise ist es ihm gelungen, den typischen Fall der scheinbaren Gesetzeskonkurrenz auszuschalten.

Wer dem Ochsen, der da drischt, das Maul verbindet, braucht — wegen der Geißelstrafe — nach talmudischem Rechte dem Eigentümer des Tieres keinen Ersatz für das entgangene Fressen zu leisten, nach Maimonides muß es aber geschehen [81]). Als Erklärung sagt er, „daß vom Augenblicke der

---

[78]) Bâbâ Qammâ 22 b.

[79]) Siehe Anm. 2.

[80]) Die folgenden Zitate beziehen sich auf sein Werk: Mischnêh Torah (Zeitschr. XXI, S. 232).

[81]) Sekirût, Abschn. 13, § 3.

Uebergabe des Tieres er zur Ernährung desselben verpflichtet gewesen sei, erst im Augenblicke des Dreschens mit verbundenem Maule jedoch die Geißelstrafe verwirkt habe," konstatiert also Tatmehrheit, was durchaus nicht einwandsfrei ist.

Dasselbe Mittel zur Einschränkung gebraucht er in dem Falle, daß einer (fremden) Wein dem Götzendienste weiht, wo der Talmud die Schadenersatzpflicht, die die Mischnâh ausspricht, auf Grund der Idealkonkurrenzregel bemängelt. Maimonides erklärt, daß der Wein bezahlt werden müsse, „weil der Täter den Wein sich schon längst angeeignet (erworben) hatte, als er ihn dem Götzendienst weihte;" er nimmt also auch hier Tatmehrheit an[82]).

Auf denselben Grund wird es zurückzuführen sein, wenn er in einem Fall von scheinbarer Gesetzeskonkurrenz entscheidet: „Wer mit Vorsatz dem Heiligtum gehöriges entwendet und dadurch untauglich macht, erhält die Geißelstrafe und muß bezahlen[83])." Die Kommentare führen diese auffällige Entscheidung darauf zurück, daß Maimonides Realkonkurrenz voraussetzt. (Die Aneignung und das Untauglichmachen werden nacheinander vorgenommen.)

Auch nach einer anderen Richtung bedeutet Maimonides einen gewaltigen Fortschritt, indem er auch aus inneren Gründen die leichtere Strafe dort vollziehen läßt, wo die schwerere nicht vollstreckt werden kann. Er entscheidet[84]): „Wer ein Verbrechen begeht, das durch Geißelhiebe und gerichtliche Todesstrafe gesühnt werden muß (wie z. B., wenn einer ein Tier und an demselben Tage das Junge für den Götzendienst geschlachtet hat) wird hingerichtet und erhält keine Geißelhiebe, wenn er wegen des todeswürdigen Verbrechens verwarnt ist. Ist er wegen des anderen Verbrechens, auf das Geißelhiebe steht, verwarnt, so wird diese Strafe vollstreckt." Dieser Standpunkt ist ein durchaus angemessener. Maimonides

---

[82]) Chôbêl umazzig, Abschn. 7, § 6.

[83]) Meʿîlâh, Abschn. 1, § 3.

[84]) Sanhedrin, Abschn. 16, § 5.

macht die Anwendung der Idealkonkurrenzregel nicht von der Vollstreckung abhängig, sondern er läßt sie schon im Urteil berücksichtigen.

Dieselbe Tendenz zeigt sich in vielen anderen Entscheidungen. So heißt es über Blutschande in Gesetzeskonkurrenz mit verbotenem unehelichem Beischlaf (Vergewaltigung)[85]: „War eine Jungfrau dem, der ihr beischläft (oder sie vergewaltigt), wegen einer Blutschande verboten, auf die Ausrottungsstrafe oder Geißelstrafe steht (zwischen Geschwistern und Verschwägerten auf- und absteigender Linie), so erhält er, falls er verwarnt war, die Geißelhiebe und bezahlt nicht; falls er aber, weil nicht verwarnt, die Hiebe nicht erhält, so bezahlt er Strafe." Diese durchaus logische Entscheidung hat es aber nicht hindern können, daß Maimonides bei Blutschande, auf welche gerichtliches Todesurteil steht, den alten Standpunkt aus einem rein formalen Grunde nicht verlassen hat. Denn es heißt weiter[86]: War gerichtliche Todesstrafe angedroht, so ist der Täter, gleichgültig ob er verwarnt ist oder nicht, frei von der Geldstrafe[87]. Derselbe Gedankengang kehrt auch an anderer Stelle wieder[88]. Allgemein zusammen-

---

[85]) Naʿarâh betûlah, Abschn. 1, § 11.

[86]) Ibid. § 13.

[87]) Dasselbe was für „verwarnt" und „nicht verwarnt" gilt, tritt auch bei den fast gleichen Begriffen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit ein. Auch hier wie oben aus dem rein formalen Grunde, weil die Bibel bei gerichtlicher Todesstrafe nicht zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit (Irrtum) scheidet, die Bestimmung, daß diese Strafe, auch wenn sie nicht vollstreckt wird, von der Geldstrafe befreit! Doch sucht Maimonides auch hier, wenn nur möglich, einzuschränken. So Chôbêl umazzig Abschn. 4, § 5: „Wer eine schwangere Frau so stößt, daß die Frucht abgeht und sie selber stirbt, bezahlt — ob die Tat nun absichtlich geschah oder nicht — keinen Schadenersatz. Hat er aber den Vorsatz gehabt einen anderen zu treffen und der Schlag tötet die Frau (Tatabirrung), so muß er für die getötete Frucht Schadenersatz leisten!"

[88]) Chôbêl umazzig, Abschn. 4, § 7—9.

fassend hat Maimonides seinen Standpunkt folgendermaßen zum Ausdruck gebracht[89]):

a) „Wer ein Verbrechen begeht, das gerichtliche Todesstrafe und Geldsühne nach sich zieht, ist von letzterer frei, auch wenn er irrtümlich (fahrlässig) gehandelt hat.

b) Ist eine Tat mit Geißel- und Geldstrafe bedroht, so wird erstere vollzogen; kann sie nicht vollzogen werden, weil er aus Irrtum oder ohne verwarnt zu sein gehandelt hat, muß die Geldstrafe bezahlt werden. Das gilt bei Tateinheit, bei Tatmehrheit sind alle verwirkten Strafen zu vollstrecken." (Die im Anschluß daran § 2—5 gegebenen Beispiele schildern alle Fälle von Gesetzeskonkurrenz.)

Der zitierte Satz zeigt uns den letzten wichtigen Fortschritt des Mischnêh Tôrâh. Kommt Geißelstrafe in Konkurrenz mit Geldstrafe, so wird erstere vollzogen! Wenn sich auch hierin noch keine endgültige Trennung der öffentlichrechtlichen Strafe und der mehr oder minder zivilrechtlichen Buße zeigt, so ist doch wenigstens ein Ansatz vorhanden, indem die Geldbuße von ihrer völlig unorganischen Stellung fortgenommen und an das Ende der Skala gestellt wird.

Die seltsame Folgerung, daß Diebstahl etc. in Idealkonkurrenz mit Sabbatverletzung straflos bleibt, hat auch Maimonides nicht beseitigen können, denn noch der Schulchan aruch führt diesen Fall — natürlich mit dem vollen Bewußtsein seiner Wunderlichkeit — im Chôschen hamischpât an[90]).

---

[89]) Genêba, Abschn. 3, § 1.

[90]) Zum Schulchan aruch vgl. Zeitschr. XXI, S. 239. — Obige Stelle findet sich § 351.

III.

Das schwedische Recht und seine Literatur.

Eine Gesamtwürdigung Winroths.

Von

Dr. F. K. Neubecker,

Privatdozent an der Universität Berlin.

I.

Alle Rechtsgeschichte dient, wenn auch oft nur sehr mittelbar, letzten Endes dem geltenden und dem künftigen Recht, wie alle Erkenntnis des Vergangenen und Gewordenen das Seiende klärt und den Samen des Werdenden birgt.

So war die „historische“ Schule, aus Romantik entsprungen und dem öden Alltag abgewandt, selbst jedem tatkräftigen Gesetzgebungswerke abhold, in paradoxem Umschlag doch eine praktische Schule des geltenden und künftigen Rechts geworden. Sie führte zum reinen römischen Recht zurück; aber sie lockte auch in die Gefilde germanischen Lebens, an die Quellen germanischen Rechts und machte die reichen Gedanken der germanischen Rechte dem modernen Leben fruchtbar und segensreich.

Die romanistische Forschung drängte zum reinen römischen Rechte; die germanistische suchte die reinen germanischen Quellen.

So kam man auch zu den nordgermanischen Rechten — ein weiter Weg vom geltenden deutschen Rechte und zu demselben, und doch ein Weg!

Charakteristisch ist die „Vorbemerkung“, welche Konrad Maurer seinem „Ueberblick über die Geschichte der nordgermanischen Rechtsquellen“ in der 2. Auflage von Holtzendorffs Enzyklopädie vorausschickt: „Die Geschichte der nordgermanischen Rechte hat für uns einen besonderen Wert wegen der nationalen Verwandtschaft, welche das deutsche Volk mit den Dänen und Schweden, den Norwegern und Isländern verbindet. Während unser deutsches Recht von Anfang an massenhaften ausländischen Einwirkungen ausgesetzt war, und schließlich einer Rezeption fremder Rechte nahezu völlig weichen mußte, wußten sich unsere nördlichen Stammesvettern ihr eigenes Recht im wesentlichen ungetrübt durch fremdartige Einflüsse zu erhalten und selbständig weiter zu entwickeln. Während unsere Volksrechte in ihrem barbarischen Latein zumeist auf dürftige und abgerissene Sätze sich beschränken, stehen der Rechtsgeschichte des germanischen Nordens schon für eine ziemlich altertümliche Entwicklungsstufe seiner Bevölkerung zahlreiche sowohl als umfassende Quellen zu Gebote, und diese Quellen gestatten überdies, in einheimischer Sprache redend, durch ihre fest ausgeprägte Terminologie ein ungleich tieferes Eindringen in das innerste Gefüge des nationalen Rechtssystems.“

Also germanische Studien für das deutsche Recht, und an den reinen nordgermanischen Quellen!

Die Beteiligung der deutschen Wissenschaft an dieser rechtsgeschichtlichen Aufgabe war erheblich. Ich nenne nur zwei Namen: Konrad v. Maurer, der im wesentlichen der allgemeinen Rechtsgeschichte und den öffentlich-rechtlichen Verhältnissen seine Aufmerksamkeit zuwandte, und Karl v. Amira, der hauptsächlich privatrechtlichen Gebieten seine Studien widmete und besonders in seinem großen Werke über das nordgermanische Obligationenrecht sich und der deutschen Wissenschaft ein unvergängliches Denkmal setzte, das die Grundlage aller weiteren Forschung auf diesem Gebiete mit bilden muß.

Weiter als der unmittelbare rechtsgeschichtliche Zweck es erheischte, gingen aber die Forschungen nicht: Skandinavien

sollte nur der deutschen Rechts g e s c h i c h t e dienen, die dunkleren und älteren Partien erhellen helfen. Darum behandelt Maurer in dem erwähnten Ueberblick die Geschichte der nordgermanischen Rechte und ihrer Quellen „nur bis an die Schwelle der Neuzeit", d. h. er macht Schluß mit dem dänischen und norwegischen Gesetzbuch Christians V. vom Ende des 17. Jahrhunderts, und mit Sveriges Rikes Lag von 1734.

II.

Eine moderne Betrachtung hat hier einzusetzen und das begonnene Werk weiterzuführen. Es gilt nicht nur das ältere nordgermanische Recht in seinem Zustand und in seiner Entwicklung deutscher Rechtsgeschichte dienstbar zu machen, das geltende skandinavische Recht muß durchforscht und in vergleichender Betrachtung dem geltenden deutschen Rechte gegenübergestellt werden. Der Rechtsgeschichte muß die Rechtsvergleichung sich anschließen.

Die Gründe sind die allgemeinen, die für jede Rechtsvergleichung sprechen: sie sind wissenschaftlicher und praktischer Art. Die Rechtsvergleichung soll der klareren Erfassung der Prinzipien des eigenen geltenden Rechts dienen, sie soll die künftige Gestaltung des eigenen Rechts vorbereiten, sie soll aber auch internationalem, gemeinschaftlichem Rechte die Bahn ebnen.

Für die vergleichende Heranziehung der geltenden nordgermanischen Rechte sind aber auch noch die besonderen Gründe maßgebend, die eine vergleichende Betrachtung der nordgermanischen Rechtsgeschichte und Rechtsgeschichten rechtfertigen.

Ist nicht daran zu zweifeln, d a ß eine solche Rechtsvergleichung und als Grundlage dazu das Studium der geltenden nordgermanischen Rechte erforderlich ist, so ist lediglich die Frage, in welcher Weise dies Studium erfolgen solle. Ich meine nicht die juristische Methode, die eine Sache für sich und der Diskussion und Erörterung wohl wert ist —, ich ziele hier nur auf die Erkenntnisquellen ab.

Im wesentlichen stehen nur skandinavische Erkenntnis-

quellen zur Verfügung — abgesehen von einigen kleineren Abhandlungen und von den Éléments de droit civil scandinave (Danemark, Norvège, Suède) des sehr rührigen E. Lehr, der hier mit Hilfe von Munch-Petersen, Johanssen und Elsa Eschelsson ohne eigene Kenntnis einer skandinavischen Sprache ein zur ersten Orientierung recht brauchbares Buch geschaffen hat.

Ein über alle skandinavischen Rechte orientierendes Sammelwerk ist Nordisk Retsencyklopœdi. Es ist gut und führt in die nordischen Rechte auch durch ausreichende Literaturnachweise tiefer ein. Aber es ist nicht erschöpfend und beginnt zu veralten. Zu dem kommt, daß die rechtsvergleichende Behandlung der drei nordischen oder fast besser der zwei nordischen Rechte — des dänisch-norwegischen einerseits, des schwedischen andererseits — der tieferen Fundierung der einzelnen Rechte im Wege steht. Und gerade die Einzelforschung ist von nöten — auf solider Basis kann sich erst die Rechtsvergleichung aufbauen.

Was nun die beiden großen skandinavischen Rechtsgebiete unter Ausscheidung von Island betrifft, so zeigt sich zwischen der dänisch-norwegischen Literatur und derjenigen des schwedischen, einschließlich des finnländischen Rechts ein erheblicher Unterschied. Während die erstere an literarischen Hilfsmitteln zur Erkenntnis des Rechts und an guten systematischen Werken reich genannt werden kann, zeigt das größte skandinavische Volk einen fast auffälligen Mangel sowohl in quantitativer wie in qualitativer Hinsicht, wenigstens was das geltende Recht betrifft.

Eine Wendung zum Besseren zeigt sich in neuester Zeit, die der vollsten Aufmerksamkeit wert erscheint und eine Würdigung in dem Rahmen einer historischen Skizze verdient.

III.

Das geltende schwedische Zivilrecht beruht im wesentlichen auf der Gesetzgebung von 1734, Sveriges Rikes Lag,

das zugleich den Grundstock des in Finnland geltenden Zivilrechts bildet.

Neben der Kodifikation von 1734 gibt es Spezialgesetze, sowohl älteren als auch und hauptsächlich jüngeren Datums. Von den älteren Gesetzen kommt besondere Bedeutung wegen der familienrechtlichen Bestimmungen der Kyrkolag (Kirchengesetz) von 1686 zu. Von den jüngeren Gesetzen wären etwa besonders zu erwähnen die Utsökningslag von 1877, Strafflag von 1864, die auch zivilrechtliche Bedeutung hat, Konkurslag von 1862, Skiftes-Stadgan von 1866, Lag angående eganderätt till skrift von 1877, Lag om dikning och annan afledning af vatten von 1879, Vexellag von 1880, Förordning angående patent von 1884, Lag om skydd för varumärken von 1884, Checklag von 1898, Lag om Köp och byte von 1905, Arrendelag och Hyreslag von 1907.

Diese Andeutungen lassen genügend deutlich erkennen, daß der Rechtszustand Schwedens kein ganz einfacher ist: Altes und Neues liegen da ganz besonders im Gemenge. Die Aufgabe der Literatur wird bei solchem Zustand doppelt wichtig, die Rechtsprechung verlangt da eine besondere Beachtung als Träger der Fortbildung des Rechts und als Anstalt der Verschmelzung der verschiedenen Bestandteile.

Es gilt noch viel — und im Grundstock — altes Recht, und dessen Erkenntnis dienen Arbeiten, welche vorwiegend rechtsgeschichtlichen Charakter tragen. Dahin gehören die Standard-works von Schlyter und von Nordström. Ferner Förarbetena till Sveriges Rikes Lag von Sjögren; die Abhandlungen von Posse und von Östergren. Auch Nehrmans Inledning kann hierher gerechnet werden.

Was nun die dogmatische Bearbeitung des schwedischen Zivilrechts betrifft, so gibt es wohl eine größere Anzahl von Monographien, aber die systematische Behandlung des Stoffes, soweit sie überhaupt Anspruch auf Wissenschaftlichkeit erhebt, ist eine dürftige zu nennen.

Nordlings Föreläsningar i svensk Civilrätt — eigentlich

eine Kollegiennachschrift: Anteckningar efter . . . Nordlings föreläsningar — beschränken sich auf den allgemeinen Teil. Daneben hat Nordling noch einige monographische Abhandlungen veröffentlicht. Der „Allgemeine Teil“ ist sehr interessant; aber sehr allgemein, sehr abstrakt, und gibt vom „Recht“ wohl viel, vom schwedischen aber herzlich wenig.

Neueren Datums ist der allgemeine Teil von Montgomery: ein gutes Werk, klar, einfach, durchsichtig. Aber es ist nach dem Muster der deutschen Pandektensysteme gearbeitet und steht zu sehr unter romanistischem Einflusse, wie das Winroth (Strödda Uppsatser V, S. 16) als Grundzug der schwedischen Literatur generell tadelt.

Umfangreicher ist das ältere Lehrbuch von Schrevelius, aber es leidet an Verschwommenheit und Ungründlichkeit, an osäkerhet och obeslutsamhet, hvarmed han undvikit att i svårare och mera omtvistade frågor framlägga ett bestämdt forskningsresultat, wie Montgomery sagt.

Besondere Bearbeitungen haben einzelne Teile des Systems erfahren, aber befriedigend sind sie nicht. Vor allem ist ein Vorwurf im allgemeinen zu machen: es wird zu wenig zitiert, und es werden fremde Meinungen viel zu wenig herangezogen. Dadurch fehlt es an Kampf, an Bewegung und Lebendigkeit, an tieferem Eindringen in die Schwierigkeiten. Gilt auch hier, was Winroth in anderem Zusammenhang sagt: Vi lefva i våra stolta minnen och önska i öfrigt frid och ro? Die Literatur trägt auch etwas zu überwiegend den Charakter akademischer Unterweisungsmittel — vielfach handelt es sich um föreläsningar oder anteckningar efter föreläsningar — und erstrebt schon darum kein höheres Niveau. Damit hängt dann auch die abstrakte Darstellung und der dem praktischen Leben abgewandte Geist zusammen. Und in der Tat: akademisches Leben und Literatur auf der einen Seite, praktisches Beamten- und Richtertum auf der anderen Seite sind in Schweden scharf getrennt, zum Schaden beider Teile. Und wer einmal für die praktische Laufbahn sich entschied, der bleibt, schon aus

finanziellen Gründen, da er als Universitätslehrer nur Beamter mit festem Beamtengehalt wäre und oft schlechter stehen würde als in anderer Stellung.

So ist gewissermaßen das Motto: die Literatur den Literaten, die Praxis den Praktikern!

IV.

Bei dieser Sachlage gewinnt ein Mann besondere Bedeutung, der zwischen beiden Seiten eines und desselben Faches wieder die erforderliche Verbindung herzustellen sich bemüht; der der Literatur die Anregung aus der Praxis und Rechtsprechung und damit aus dem lebendigen und wirklich geltenden Rechte zu geben, ihr Luft und Licht und Nahrung zuzuführen bestrebt ist, und der darum auch der praktischen Handhabung des Rechts wissenschaftliche Vertiefung und Förderung zu teil werden lassen kann.

Dieser Mann ist Winroth, ehedem Professor in Lund, dann in Uppsala, und nunmehr in Stockholm.

Winroth kann auf eine außerordentlich reiche schriftstellerische Tätigkeit zurückblicken: schon dies ist fast eine Merkwürdigkeit für die schwedischen Verhältnisse.

Eine interessante und wertvolle Arbeit gehört dem Strafrecht an: Anteckningar efter Professor Winroths rättshistoriska föreläsningar i Straffrätt. Genomsedda och bearbetade af Professor Winroth. Lund 1889. Die Arbeit ist historisch und verfolgt den praktischen Zweck, dem geltenden Recht zu dienen: „Das historische Material wurde verwendet, um den Inhalt des geltenden Rechts zu beleuchten.“ Sie ist zugleich rechtsvergleichend in dem großzügigen Gedanken, daß es sich um ein gemeinsames europäisch-amerikanisches Kultur- und Rechtsgebiet handle, „von dem unter anderen das schwedische nur einen Teil ausmacht“. Oder wie Winroth an anderer Stelle (Ur mina föreläsningar I, S. XII) sagt: att den svenska rätten ingår såsom en del uti en mera omfattande organism. Und beide, die historische und die rechtsvergleichende Betrachtung,

sollen dem Reformwerk der Zukunft dienen: „Ein Einblick in geltendes ausländisches Recht dürfte unter solchen Verhältnissen wohl von Interesse sein. In manchem dient es zur Erklärung des Rechts, das wir hatten oder haben, in anderem gibt es den Weg an, den wir zu betreten haben. Und der Vorteil, der für das historische Studium von dem vergleichenden in letztgenannter Hinsicht gezogen werden kann, darf gewiß nicht unterschätzt werden. Denn recht gelesen und verstanden soll ja die Geschichte nicht nur das Vergangene oder Gegenwärtige uns kennen lehren, sondern auch uns helfen, die Arbeit für die Zukunft in die rechte Bahn zu lenken."

Hauptsächlich aber ist das Zivilrecht das Arbeitsgebiet von Winroth, wo sich vor allem seine Grundauffassung der Theorie und Praxis zeigt.

Besonders in zwei kleineren Schriften hat er diesen Gedanken Ausdruck verliehen. Die eine führt geradezu den Titel: Juridisk Teori och Praxis. Föreläsning vid installation den 19. September 1892. Den Inhalt etwas näher kennen zu lernen, dürfte von allgemeinerem Interesse sein, da so manche Punkte nicht nur für das Rechtsleben Schwedens Bedeutung zu haben scheinen.

Als wesentlicher Mangel des schwedischen Rechtswesens erscheint Winroth die Trennung von Theorie und Praxis. Vill man åter hafva ett slagord för det onda, hvaraf vår teori och praxis lida, nå väl det är söndring — bristen på samarbete mellan dessa rättsväsendes två stora hufvudfaktorer (S. 6, vgl. Svensk Civilrätt IV, S. XXII).

Zuerst betrachtet Winroth die Gesetzgebung, von der die allgemeine Anerkennung gehe, daß sie von hervorragendem Range sei. Gewiß, sie hat Vorzüge, besonders in rein sprachlicher Hinsicht. Aber sie zeigt auch erhebliche Mängel: sie umfaßt nicht alle Teile des Rechts, zeigt Redaktionsfehler, Lücken, Unklarheiten und Widersprüche — und ist veraltet.

Sie bedarf also der Verbesserung; ferner wie jedes Gesetzgebungswerk, auch das seinerzeit vollkommenste, der Weiterbildung.

Bei der Weiterbildung durch neue Gesetzgebung werden die wichtigsten Plätze Leuten ohne höhere juristische Vorbildung anvertraut, maßgebend sind nur die in einer praktischen juristischen Wirksamkeit zugebrachten Jahre. (Vgl. auch Winroth, Svensk Civilrätt IV, S. XX.) Dabei fehlt jede Einsicht in die Rechtsentwicklung des eigenen Landes. Dasselbe gilt von den Diplomaten, die bei internationalen Abmachungen, statt selbst Vorschläge gemäß dem Rechtszustand des eigenen Landes zu machen, sich darauf beschränken, den von der anderen Seite gemachten Vorschlag zu übersetzen.

Die Rechtsprechung könnte an sich den Mängeln der Gesetzgebung und der gegebenen Gesetze abhelfen, wie dies die römische Judikatur tat, wie es die englische übt.

Winroth geht dabei weit und formuliert scharf:

„Wo die Gesetzgebung schweigt, muß die Rechtsprechung reden. Die Rechtsbildung darf nicht stehen bleiben, sondern muß gleichen Schritt mit der sozialen Entwicklung halten und sich nach den neuen Bedürfnissen gestalten, die durch dieselbe erzeugt werden. Erfüllen die gesetzgebenden Behörden nicht ihre Pflicht, so wird es eine moralische Pflicht für die Rechtsprechung, sich über das Gesetz zu setzen und die Bahn abzustecken, welche die Gesetzgebung zu betreten hat, mag auch diese moralische Pflicht rechtlich und formell sich als ein Fehler oder ein Vergehen darstellen“ (S. 18).

Ich muß gestehen, daß mir das zu revolutionär klingt, und auch zu revolutionär ist. Für die rechtsgeschichtliche Betrachtung erachte ich den Gesichtspunkt als zutreffend, aber was in allmählicher Entwicklung durch lange Zeiträume hindurch sich vollzieht und dem Rückschauenden als Rechtsumgestaltung und Rechtsschöpfung erscheint, das darf nicht dem lebenden Geschlecht als Pflicht gegen das heute geltende Recht gepredigt werden. Gutta cavat lapidem — aber Zeit, Zeit und wiederum Zeit muß ihm gelassen werden.

Staaten vergehen — auch der heutige, kann ich ihm d a r u m den Gehorsam aufkündigen? Rechtsordnungen ver-

wehen, bindet mich darum das heutige Recht nicht? Ich meine: es heißt Mißbrauch treiben mit der rechtsgeschichtlichen Erfahrung, wenn man dogmatisch daraus den Satz ableiten will, daß der Richter über dem Gesetze stehe.

Sollen die Juristen mit der Revolution gegen das bestehende Recht beginnen? Jawohl, auf legitimem Wege durch Gesetzesänderung, nicht aber durch Gesetzesbruch. Daran kann keine freie Rechtsfindung etwas ändern: sonst wird's eine Münchhauseniade und am eigenen Zopf darf man sich dann aus dem Sumpfe ziehen — wenn's geht.

Geht mir Winroth dogmatisch zu weit, wenn er der Rechtspraxis in der angegebenen Weise und in dem besagten Maße rechtschaffende Funktion zuweist, so ist durchaus zuzustimmen, wenn er konstatiert, daß die schwedische Rechtspraxis vielfach ein Recht geschaffen hat, das keine Stütze im Gesetz hat, ja manchmal in offenbarem Gegensatz dazu steht. Gutta cavat lapidem! Das erkennt Winroth selbst an, wenn er sagt: „Bei einer Rechtsbildung von der in Frage stehenden Art kann man ja nicht verlangen, daß neue Rechtsgrundsätze mit einem Schlage Anerkennung sollen gewinnen können."

Deutlicher noch bekennt sich Winroth zu diesem Gedanken in der weiter unten zu besprechenden Reformschrift: Rättsväsende och Juridisk utbildning von 1906. Ganz zutreffend wird die allmähliche Aenderung des Gesetzesrechts durch die Praxis geschildert: „So allmählich, Jahr für Jahr und Schritt für Schritt wird in die älteren Rechtssatzungen ein neuer Inhalt gelegt, ganz im Gegensatz zu dem, was von Anfang an beabsichtigt war. . . . Das ist das Leben und die Entwicklung, die sich in neuen Bahnen durchsetzen, und die, da die Gesetzgebung nicht ihre Pflicht erfüllt, die Rechtsprechung in ihren Dienst nehmen. Da das Absterbende nicht von denen beseitigt wird, denen es zukommt, besorgt die Zeit deren Arbeit, untergräbt, verwittert und zersprengt" (S. 7).

Zugleich aber findet Winroth selbst diese allmähliche Aenderung nicht wohl angebracht. Die Aenderung des Gesetzes

soll sich vollziehen im Wege des Gesetzes: „eine ähnliche Rechtsentwicklung ist doch sicherlich nicht wünschenswert, mindestens da, wo die Rechtsregeln zu einem Gesetzbuch, einer Kodifikation zusammengefügt worden sind." Beim Gewohnheitsrecht ist das nicht so schlimm, da fällt es nicht so in die Augen, „daß die Rechtsprechung sich aus ihrer dienenden Stellung erhebt und sich an der Majestät der Gesetze vergreift".

Die Praxis hat das geltende Recht anzuwenden — der Satz muß den Ausgangspunkt bilden. Fragt sich aber, in welcher Weise diese Anwendung zu geschehen hat. Den Anforderungen, die Winroth hier stellt, wird man völlig zustimmen dürfen. Er verlangt, daß die Praktiker „einen umfassenden Einblick in die Grundsätze unseres Rechtswesens" besitzen, daß die Rechtsbildung in einer bestimmten Richtung folgerichtig durchgeführt, daß nach dem Geiste der Rechtsinstitute und darum in Analogie verfahren werde und daß darum das Recht nationalen Charakter trage. Der schwedischen Rechtspraxis macht er zum Vorwurf einen stark formellen Zug und Buchstabendienst; außerdem ein Schwanken in den Entscheidungen.

Eine Besserung sieht Winroth nur in der engeren Verbindung mit der Theorie, in der besseren Vorbildung der Juristen: „Die Reform muß auf den Universitäten erfolgen." Dazu bedarf es aber auch einer Besserung in der Stellung der juristischen Lehrer. „Zurzeit ist sie nicht sonderlich beneidenswert." Die Gründe sind bedeutsam und mögen denen zu denken geben, die es angeht. Videant consules!

„Wie die Verhältnisse jetzt sind, haben die juristischen Fakultäten eine besonders große Schwierigkeit, geeignete Leute heranzuziehen. Es sind stets die großen Gewinne, die am meisten locken, insonderheit die Jugend. (Es soll Länder geben, wo Idealismus verlangt wird — von anderen!) Auch hat sich gezeigt, daß es für die Mehrzahl von denen, die bei den juristischen Fakultäten Anstellung finden und sich ernstlich zur Lehrerlaufbahn eignen, später schwer, wenn nicht unmöglich ist, einen Uebergang in die praktische Laufbahn zu finden.

Noch weniger wird ihnen eine solche theoretische Wirksamkeit als Verdienst in der Anstellung und für die Anstellung in der Praxis gerechnet. Dazu kommt, daß ihre wissenschaftliche Tätigkeit offenbar unbeachtet gelassen wird und weder zu Auszeichnung noch zu Einfluß führt, während beides dem zu teil wird, der von Anfang an die praktische Laufbahn gewählt hat. Mit dem vor Augen trägt natürlich eine große Anzahl der Begabteren Bedenken, sich im Fakultätsdienst festzulegen. Und soll die Theorie ihre Aufgabe erfüllen, so muß sie doch an den Universitäten durch die vorzüglichsten Kräfte vertreten sein" (S. 24).

Die Kluft zwischen Theorie und Praxis hat aber noch andere Nachteile im Gefolge: die Theorie ist zu sehr — Theorie, und die Praktiker finden nichts in den theoretischen Schriften. Es fehlt so wieder der Theorie an der Befruchtung durch das geltende, wirklich geltende Recht: „Recht ist das, was angewendet wird, nicht das, was Recht sein sollte, oder was einmal vorzeiten solches war."

So sind es zwei Reformforderungen, die Winroth aufstellt:

Ausbreitung der juristischen Studien und Anknüpfung der Doktrin an die Rechtspraxis.

In welcher Weise diese Forderungen verwirklicht werden können und sollen, zeigt Winroth in dem Vortrag: Rättsväsende och Juridisk Utbildning, Installationsföreläsning den 1 Februari 1906 in Uppsala. Er verlangt Gesetzesrevision, indem er die Mängel des geltenden Rechts hervorhebt und betont, daß nur noch in den anderen skandinavischen Ländern Gesetzbücher so alten Datums gelten, daß die übrigen Länder Europas viel jüngere Kodifikationen aufzuweisen haben. „An solch altertümlichem und buntem Rechtszustand kann man seine Freude haben, solange man nicht davon berührt wird, aber auch nicht länger" (S. 11).

Das geltende Recht, wie es wirklich gehandhabt wird, weicht von dem geschriebenen erheblich ab.

Dies geltende Recht müssen alle Rechtslehrer kennen — „der Anspruch auf volle Kenntnis des angewandten schwedischen Rechts erstreckt sich auch auf die Lehrer in solchen Fächern wie Enzyklopädie, internationales Privatrecht, römisches Recht und Rechtsgeschichte“ — und dies geltende Recht muß gelehrt werden. Die rechtsbeflissene Jugend darf nicht so lebensfremd, lediglich mit allgemeinem und verschwommenem Bildungsstoff belastet, in das praktische Leben entlassen werden. Mag jeder dann auch noch sonst ein Fach sich suchen: Handel und Gewerbe, Ingenieurswissenschaft, Bergbau, Landwirtschaft, soziale Fragen, moderne Sprachen etc., in dem er sich Kenntnisse verschafft, damit nicht das Mißtrauen gegen die Richter zu einer weiteren Zersplitterung der Gerichtsorganisation führt, damit nicht den besonderen Handelsgerichten mit handelskundigen Mitgliedern weitere Sondergerichte folgen!

Auch den Realschülern soll, in Uebereinstimmung mit dem Grundgedanken, der Weg zum juristischen Studium offen stehen (S. 23).

Den Studenten selbst aber muß mehr Freiheit gelassen, mehr Selbstverantwortlichkeit auferlegt werden. Wohl soll es Studienpläne zu ihrer Leitung geben, aber sie dürfen nicht bindend sein. Der Uebergang vom Kind zum Mann darf nicht übermäßig verzögert werden.

Zur besseren Gestaltung des Unterrichts sollen Kurse abgehalten werden, aber nicht obligatorisch, und mit Maß!

Wie stellt sich dazu die Examensordnung von 1904? Im ganzen bezeichnet sie einen Fortschritt; besonders da die vorbereitenden Examina gefallen sind, die in der Tat eine ganz törichte Zeit- und Kraftverschwendung darstellten, und da praktische Uebungen im Unterrichtssystem Aufnahme gefunden haben. Im übrigen aber findet Winroth wesentliche Fehler, die im einzelnen hier nicht weiter interessieren.

Zeigt sich Winroth in den erwähnten Programmschriften, „Reformskrifter“, als Rechtspolitiker von moderner Lebensauffassung, von klarem Blick und kräftigem Willen, so hat

er selbst an seinem Teil sich redlich bemüht, den selbstgestellten Forderungen gerecht zu werden.

Wie weit er als akademischer Lehrer dies tat, entzieht sich meiner genauen Kenntnis. Ich hörte von großen Erfolgen und tiefgehendem Einfluß auf die studierende Jugend. Daß er um seine Ideen kämpfte, und darum in Streit mit der Dozentin an der juristischen Fakultät in Uppsala, Elsa Eschelsson, bezw. mit den übrigen Fakultätsmitgliedern geriet, habe ich seinerzeit aus Stockholms Dagblad erfahren. Winroth selbst sagt darüber in den Strödda Uppsatser V, S. 3: Men dessutom äro vi ju genom onda makters anstiftan förenade i samarbete för gemensamma lärjungars civilrättsliga utbildning. Partei zu ergreifen, liegt mir fern. Im Prinzip stimme ich Winroth in seinem Kampf um Reformen bei.

In Betracht kommt mir wesentlich Winroth als Schriftsteller des Zivilrechts, der hier in die Tat umsetzt, was er von der schwedischen Literatur und den schwedischen Theoretikern verlangt: Untersuchung und Erforschung des geltenden schwedischen Rechts unter Beachtung der geschichtlichen Entwicklung und unter vergleichender Heranziehung fremder Rechte.

In zahlreichen Monographien wie in dem umfassend angelegten Handbuch des schwedischen Zivilrechts kommt diese Grundauffassung zur Geltung.

Zwei Monographien sind größeren Umfangs: Om tjänstehjonförhållandet enligt svensk rätt (1878) und Om arfvingarnes ansvarighet för arflåtarens förbindelser (1879). Kleinere Abhandlungen enthalten die Strödda Uppsatser in fünf Heften.

Strödda Uppsatser I: Juridiska artiklar, skrifna för Nordisk Familjebok, andra öfversedda upplagan 1901.

Strödda Uppsatser II: Profföreläsningar I.

Ansvar för skada å låntaget gods II.

Eganderätts öfvergång vid köp af lösöre. Andra omarbetade upplagan 1905.

Strödda Uppsatser III: Anföranden i juridiska ämnen vid juristmöten, Andra Upplagan 1905.

I. Finnes anledning att utbyta enmansdomstolar i första instans mot kollegiala domstolar?

II. Hvorvidt bør Vindikationsretten med Hensyn til rørlige Ting udelukkes eller indskrœnkes til Fordel for godtroende Erhververe?

III. (Betrifft eine Sonderfrage des schwedischen Strafrechts).

IV. Kan, enligt svensk rätt, fordringspreskriptionens verkan upphäfvas genom afsägelse på förhand af preskriptionsrätten?

V. Är en jordegare lagligen berättigad till ersättning för den skada, som tillfogas hans gröda genom stenkolsrök från en bredvid liggande fabriksinrättning?

VI. I hvad mån bör arbetsgifvare anses skyldig ersätta kroppsskada, som träffat hans arbetare i arbetet?

Strödda Uppsatser IV: Skadegörelse i utomobligatoriska rättsförhållanden [1]).

Strödda Uppsatser V: Om fullbordandet af gåfva af lös egendom enligt svensk rättspraxis. 1906.

Eine Fülle von Fragen hat Winroth da behandelt, oft nur kurz, manchmal ausführlicher, mit geschichtlichen und rechtsvergleichenden Untersuchungen.

Eine umfassende Tätigkeit hat Winroth dem Familienrecht zugewandt.

Eine Abhandlung ist speziell der Geschichte der schwedischen Kodifikation gewidmet:

Förslagen till Giftermålsbalk 1686—1734, enligt handlingar i Riksarkivet, utgifna 1890.

Ein reiches Material ist in den zwei Bänden: Ur mina föreläsningar I (1890), II (1892) verarbeitet.

Der erste Band (336 S.) (Offentlig rätt, Familjerätt) behandelt die Ehehindernisse (Äktenskåpshindren), geschichtlich, rechtsvergleichend und dogmatisch nach dem geltenden

[1]) Inzwischen ist diese Abhandlung in zweiter, wesentlich umgearbeiteter und vermehrter Auflage 1907 erschienen. Die stattliche Monographie, unter dem Titel: Om Skadestånd, umfaßt nunmehr 360 Seiten.

schwedischen Zivilrecht; der zweite Band (309 S.) ist der Eheschließung (Äktenskaps Ingående) gewidmet.

Dieses Werk bildet die Vorarbeit zu einem umfassenderen System, das den Titel führt: Svensk Civilrätt, von dem bis jetzt erschienen sind:

Band I: Äktenskaps ingående och upplösning (290 S.). Zum Ersatz für den im Buchhandel ausgegangenen ersten Band erschien 1904 ein Band mit dem Titel: Handbok i Svensk Civilrätt I. Äktenskaps ingående och upplösning, mit 99 Seiten.

Band II: Äktenskaps rättsverkningar (881 S.).

Band III: Föräldrarrätt (188 S.).

Band IV: Förmynderskap och Kuratel (480 S., mit Supplement 581 S.).

Angekündigt ist ein fünfter Band, der den Schluß bilden soll: Arf, Testamente, Fideikommiss, Bördsrätt m. m.

Demnach soll das Svensk Civilrätt also in sich schließen: das Familien- und Erbrecht.

Das Familienrecht liegt fertig vor und umfaßt über 1800 Seiten: ein respektabler Umfang! Deuntzer, Den danske Familieret hat 370 S.; Scheel, Familieretten fremstillet efter den danske Lovgivning 728 S.; Collett, Forelœsninger over Familieretten efter den norske Lovgivning 496 S. — Winroth schlägt sie alle einzeln und sogar zusammen.

Die Literatur und Rechtsprechung ist in reichem Maße angezogen und verwertet, ein gewaltiger Stoff ist in dem grundlegenden Werk verarbeitet, auf das die schwedische Literatur stolz zu sein Ursache hat und das eine sehr bedeutsame Lücke in umfassender Weise ausfüllt.

Winroth hat ein Werk geliefert, das den notwendigen Unterbau für alle weitere Arbeit abgibt.

Der Grundgedanke, das geltende Recht, das wirklich geltende, das lebendige Recht, darzustellen, unter historischer Entwicklung und rechtsvergleichender Betrachtung, ist mit Energie und Folgerichtigkeit durchgeführt.

Daß dabei eine Neigung in die Breite festzustellen ist,

und wohl auch die Darstellung einfacher und mehr auf die Grundgedanken hätte abgestellt sein können, tut dem Wert des Werkes keinen Abbruch (vgl. Winroth selbst, Svensk Civilrätt III, S. XIV: Det är det mindre tacksamma grofarbetet, som fallit på min lott). In dem methodischen Grundgedanken ist das Werk jedenfalls von bahnbrechender, richtunggebender Bedeutung.

Mag es Winroth vergönnt sein, zum Ruhm seines heimatlichen Rechts und zum Stolz der schwedischen Literatur in diesem Grundgedanken nicht nur den geplanten Schlußband, den V. Band om Arf och Testamente etc., zu schreiben. Lebhaft zu wünschen wäre, daß der bewährte Verfasser seinen Plan auf das ganze System des Zivilrechts ausdehne. Auch Sachenrecht und Obligationenrecht bedürfen dringend einer neuen und auf diesen Gedanken der Verwertung der Praxis gebauten Bearbeitung.

Der allgemeine Teil kann dann später nachfolgen.

Und mögen sich viele Nachfolger in diesem Grundgedanken zur Fortsetzung des Werkes finden, die Theorie und Praxis vereinigen, in wissenschaftlichem Geiste das geltende Recht durchforschen und dem Gesetzgeber die Wege ebnen (vgl. Winroth, Svensk Civilrätt, IV, S. XXIV). Und die Gesetzgebung der skandinavischen Zukunft möge, wie schon mehrfach in der Vergangenheit und wie bei der Lag om Köp och byte in jüngster Vergangenheit, eine gesamtskandinavische sein — ett gemensamt lagverk för de nordiska länderna, wie das auch der Realpolitiker und Rechtspolitiker Winroth (Rättsväsendet S. 9, vgl. Svensk Civilrätt III, S. XII; IV, S. XXIV) wünscht.

IV.

Die Lehre von der Consideration in ihrer Anwendung auf das Wechselrecht der Bills of Exchange Act 1882.

(Eine Studie zum englischen Wechselrecht.)

Von

Dr. iur. **H. Bauer von Bauern,**

Braunschweig.

Literaturverzeichnis.

Barclay, Sir Thomas, Les effets de commerce dans le droit anglais, la lettre de change, le chèque et le billet à ordre comparé avec les législations principales étrangères. Suivi d'une traduction de la loi anglaise du 18 août 1882. Paris 1884.

Bigelow, M. M., The law of bills, notes and cheques, illustrated by leading cases. Boston 1888.

Byles, J. B., A treatise on the law of bills of exchange, promissory notes, bank notes and cheques. London 1885.

Chalmers, M. D., A digest of the law of bills of exchange, promissory notes and cheques. London 1903.

Chitty, On bills of exchange and promissory notes with reference to the law of Scotland, France and America. London 1878.

Macleod, Henry Dunning, The theory of Credit. IInd ed. London 1897

Pollock, Sir Frederic, Principles of contract. A treatise on the general principles concerning the validity of agreements in the law of England. IVth ed. London 1894.

Stephen, H. H. Judge, New Commentaries on the laws of England. London 1903.

Sweet, Ch., A dictionary of the english law containing definitions of the technical terms in modern use. London 1882.

Wharton, J. J. S., Law lexicon or dictionary of jurisprudence. IInd ed. London 1860.

Wertheim Wörterbuch des englischen Rechts. Berlin 1899.

The Revised Reports (R. R.), being a republication of such cases in the english courts of common law and equity from the year 1785 as are still of practical utility, edited by Sir F. Pollock, R. Campbell and O. A. Saunders. London 1891 ff.

Biener, Wechselrechtliche Abhandlungen. Leipzig 1859.

Cohn, G., Beiträge zur Lehre vom einheitlichen Wechselrecht. Heidel berg 1879. Festgabe für Bluntschli.

Güterbock, K., Zur Geschichte des Handelsrechts in England. Zeit schrift für das gesamte Handelsrecht. IV. 1861. p. 14.

Kuntze, J. E., Deutsches Wechselrecht auf Grundlage der allgemeinen deutschen Wechselordnung und der Nürnberger Novellen. Leipzig 1862

Rehbein, Die deutsche Wechselordnung. 6. Aufl. Berlin 1900.

Schuster, Die Consideration als Gültigkeitsbedingung des Vertrages im englischen Recht. Buschs Archiv 46. p. 111 ff.

Späing, Französisches, belgisches, englisches Wechselrecht im Anschluß an die allgemeine deutsche Wechselordnung. Berlin 1890.

Wächter, Wechselrecht des Deutschen Reiches. Stuttgart 1883.

I. Einleitung.

§ 1.

Fast übereinstimmend nimmt mit großer Wahrscheinlichkeit die Mehrzahl der Schriftsteller an, daß der Wechsel um die Wende des 12. Jahrhunderts in England eingeführt sei[1]).

---

[1]) Chitty I, ch. I, p. 3 ff., Byles ch. I, p. 5 ff. berichten von Wechseln aus dem Jahre 1199, 1206, 1207; Wahl I, p. 114: „Le titre le plus ancien que nous y avons rencontré émane de marchands de Milan (!) et date du treizième siècle". Macleod p. 362 erwähnt geradezu das Jahr 1229 als Zeitpunkt der Einführung des Wechsels in England: „In 1229 these persons (cambiatores) were first introduced into England. The pope (Gregor IX.) sent his chaplain Stephan and a nuncio to demand a tenth part of all the movable goods of all persons, lay and clerical, in England, Ireland and Wales to support his war against Frederick II. . . . A detachment of Caorsini came over with the nuncio to London and settled there in order to lend money at heavy interest to the Bishops to enable them to meet the Popes drafts which they were obliged to honor under pain of excommunication."

Die Verhältnisse waren dem Gedeihen des neuen Rechtsinstituts insofern günstig, als in diese Zeit der Beginn einer Gesetzgebung fällt, welche vom Gedanken der Notwendigkeit der Förderung des Handels ausgehend, sich die Schaffung eines spezifischen Handels- und Kaufmannsrechtes zum Ziel setzte.

Die Bildung eines derartigen Sonderrechts entsprach einem Bedürfnis, denn das gemeine englische Recht, the common law, das auf germanischer Grundlage beruht und im Gegensatz zum schottischen Recht durch die Gesetzgebung Justinians nicht beeinflußt worden ist, trug einen scharf ausgeprägten nationalen Charakter, der der Entwicklung des Verkehrs nicht günstig war. Den Kern der neuen, sich anfangs gewohnheitsrechtlich fortbildenden lex mercatoria oder law merchant, wie der englische Ausdruck lautet, bilden römisch-rechtliche Normen, die durch die Kaufleute vom Kontinent nach England verpflanzt wurden. Als grundlegend kann man mit Recht die für das englische Staats- und Verfassungsleben so überaus wichtige Magna Charta (1215)[2]) ansehen. Denn erst durch sie wurde das Land dauernd und unbeschränkt fremden Kaufleuten geöffnet. Sie besiegelt den Bruch mit dem barbarischen Gedanken der Rechtlosigkeit des Fremden.

> „M. C. art. 41: Omnes mercatores habeant salvum et securum exire ab Anglia et venire in Angliam, morari et ire per Angliam tam per terram quam per aquam ad emendum et vendendum."

Ein Gesetz Edwards III. bestätigte die Exemtion der sich an gewissen Handelsplätzen (Staples) aufhaltenden Kaufleute vom common law und ordnete für die Schlichtung ihrer Streitigkeiten ausdrücklich die Anwendung des law merchant an:

> „27. Edward III. stat. 2. (1354): cap. 8: que les marchantz, venantz a l'estaple soient menetz per la lei

---

[2]) Güterbock p. 14.

marchant de totes choses touchantes l'estaple et nemie[3]), per la lei commune de la terre.

cap. 19: selonc la lei merchant, la lei de l'estaple, selonc les usées en autielles estaples et nemie[3]), à la commune lei."

Die Fortbildung des law merchant, und damit auch des Wechselrechts als eines seiner Teile, lag ganz in den Händen der Kaufleute. Mit und aus dem Handelsgebrauch entwickelte es sich, zuweilen im bewußten Gegensatze zu den Normen des Common law. Auf einem solchen Gegensatze beruht auch diejenige Eigenschaft des Wechsels, der er seine Bedeutung für den Verkehr in erster Linie verdankt, die Negoziabilität. Aus dem common law konnte er diese nicht entnehmen, denn in diesem galt, und zwar bis ins 19. Jahrhundert hinein[4]), der Grundsatz: „Choses in action are not assignable. Forderungen können nicht zediert werden, es sei denn, daß der Schuldner ausdrücklich zustimmt." Hier half nun das law merchant aus, dem die Zession als römisches Rechtsinstitut nicht fremd war. Daß sich die Abänderung eines Rechtssatzes von derartiger Bedeutung nicht ohne Widerstand vollzog, ist erklärlich, zumal da das angreifende Element ein fremdes war. Gewohnheitsrechtlich hatte sich die Negoziabilität schon im 14. Jahrhundert durchgesetzt. Vollständig zum Abschluß kam der Kampf zwischen common law und law merchant erst im Beginn des 18. Jahrhunderts. Lord Holt, chief justice of Kings bench, versagte im Jahre 1703 den promissory notes (eigenen Wechseln) die Negoziabilität[5]). Allein er vermochte den oben angeführten Satz des common law, in den bereits der gezogene

---

[3]) nemie, aus nec minus entstanden, entspricht dem modernen ne . . . pas.

[4]) Die Insurance Act 1867 dehnt die negotiability auf Versicherungspolicen aus; Supreme Court of Judicature Act 1875 beseitigt die Notwendigkeit der Einwilligung des Schuldners; vgl. auch Mittermayer, Z. f. d. g. H.R. XIII, p. 198.

[5]) Wahl I, p. 145 ff.

Wechsel Bresche gelegt, nicht mehr zu retten. Das Handelsgewohnheitsrecht siegte. In dem Statut 3 und 4 Anne c. 9 (1705) wurde die Zugehörigkeit der promissory notes zu den negotiable instruments, die gewohnheitsrechtlich schon lange bestand, gesetzlich anerkannt. Daß es so lange dauern konnte, bis eine derartig prinzipielle Frage gesetzlich entschieden wurde, ist nur dadurch zu erklären, daß die Kaufleute ihre Streitigkeiten untereinander, ohne die ordentlichen Gerichte anzugehen, schlichteten [6]). Der erste wechselrechtliche Fall (Martin v. Boure), der die Gerichte beschäftigte, datiert überhaupt erst aus dem Jahre 1603. Doch deutet dieser Umstand auch darauf hin, daß sich der Wechsel in den ersten Jahrhunderten seiner Verpflanzung nach England keiner großen Verbreitung erfreute [7]).

Auch auf formellem Gebiet hatte der Wechsel mehrere Entwicklungsstufen zu überwinden, bis er die Gestalt annahm, in welcher er uns heute entgegentritt. In dieser Hinsicht ist von Interesse das Statute of merchants Edwards II. [8]) vom Jahre 1283. Es räumt dem Gläubiger das Recht ein, einen säumigen Schuldner vor die proper authority [9]) zu führen. Dort wurde eine Urkunde (Escrit d'obligation, lettre d'obligation) aufgenommen, in der sich der Schuldner unter Beidrückung seines Siegels verpflichtete, an einem bestimmten Tage zu zahlen. Die Beifügung des Siegels war insofern von Wichtigkeit, als

---

[6]) Die Kaufleute der Staples erfreuten sich einer besonderen Jurisdiktion. Zur Entscheidung von Streitigkeiten aus den auf dem Markt gemachten Geschäften dienten die Dusty foot courts, oder courts of pied poudré, die ihren Spruch nach beschleunigtem summarischen Verfahren, ehe der Staub von den Füßen der Parteien fiel, abgaben. Biener p. 430; Bigelow p. 2.

[7]) Zuerst erwähnt sind Wechsel im Statutebook 1379. Ein 1622 veröffentlichtes Buch „Lex mercatoria", Verfasser ein Londoner Kaufmann, berichtet, daß die Wechsel in England wenig im Gebrauch seien; Wahl p. 144.

[8]) Regierte von 1272—1307.

[9]) Den Mayor of the staple.

sie das Schriftstück zur deed, zu einer formellen, gewisse Vorrechte bezüglich der Führung des Gegenbeweises genießenden Urkunde machte. Der Uebergang vom deed oder sealed instrument zum written instrument, d. h. zur einfachen Schriftform, daß sich im Laufe des 17. Jahrhunderts abgespielt haben, denn in dem 1707 erschienenen Werke „Les termes de la lei" [10]) wird erzählt, daß die Kaufleute aus signed — nur unterzeichneten — bills dasselbe Klagerecht zu beanspruchen begonnen hätten, wie aus sealed bills. Es wurde damit eine Haftung by the custom of merchants statuiert, die später durch die Präsumtion der Consideration, die weiter unten ausführlich behandelt werden wird, ersetzt wurde. In letzterem Vorgange liegt offenbar ein Zurückdrängen des law merchant durch das common law [11]), dem die Lehre von der Consideration eigentümlich ist. Zuvor freilich hatte das law merchant sich als der stärkere erwiesen, auch in diesem Falle gegen den Widerstand des Lord Holt [12]). Wir können daher, indem wir die Resultate der Entwicklung des Wechsels in materieller und formeller Beziehung zusammenfassen, sagen: Zu Beginn des 18. Jahrhunderts ist der Wechsel — sowohl bill of exchange wie promissory note — ein written negotiable instrument, ein begebungsfähiges der einfachen Schriftform bedürftiges Wertpapier.

Als Beispiel für den Wechsel dieser Periode mögen die folgenden Urkunden dienen:

A. [13]) Byll of Payment.

„Memerand' this byll made the IV. day of July in ye XIX yere of the reigne of Kyng Edward the IV. beryth [14])

[10]) Verfasser bei Macleod p. 367, woraus obiges entnommen, nicht genannt.

[11]) Bigelow p. 8.

[12]) Wahl p. 145.

[13]) Macleod p. 365.

[14]) = bears.

wytness yt we Ric. Shirlee of London grocer and Thomas Shirlee of London haburd'[15]) owen unto W. Warboys and John Benson of London haburd', XXXVIII s. II d. stg. to be paid to the said W. and J. or to ether of them or to their eyers[16]) ther executors, or to their assignes, ye furst day of July next coming, wythout ony delay, to the whiche payment wel and truly to be made we binde us, our eyers, executors, and our assignes and each of us in the hoole[17]). In wytness wherof we set to our seales the day and time afore rehersed."

Dieses Schriftstück aus dem Jahre 1480 ist ein promissory note, welches an Order — to their assignes — zahlbar ist. Auch die Aussteller verpflichten sich sowohl, wie auch ihre Rechtsnachfolger. Diese passive Orderklausel, wenn ich es so nennen darf, ist in den meisten dieser Zeit entstammenden Wechseln oder wechselähnlichen Wertpapieren enthalten. Als Wechsel in unserem heutigen Sinne kann man allerdings diese Wertpapiere kaum bezeichnen, denn eine strenge systematische Trennung von Schuldschein, Anweisung u. s. w. hat sich zu jener Zeit noch nicht vollzogen. Zumal nicht eine so scharfe Scheidung des Wechsels von den übrigen auf eine Geldsumme lautenden Wertpapieren des Handels, wie sie speziell unserem deutschen Wechselrecht eigentümlich ist. Interessant ist die ausdrückliche Erwähnung des Siegels.

B. Lettre of Exchaunge.

„Be it knowen to alle men yt J R. A. citezen and habd' of London have ressed[18]) by exchaunge (!) of N. A., Mercer of the same cite XX li. stg. which twenty pounds stg. to be paid to the said N. or to the Bringer of this byll, in synxten

---

[15]) = haberdasher, Kurzwarenhändler.

[16]) = heirs, Erben.

[17]) = whole, auf das Ganze, in solidum

[18]) = received.

marte next coming for XI s. VIII d. stg. IX s. III g. flg. money currant in the said mart, and if ony defaut of payment be at the day in alle or ony part yerof that J promyse to make good all costis and scathes that may grow thereby for defaut of payment, as well as the principal some [19]), be this my furst and second letter of payment: and herto J bynde me myn executors and alle my goods whersoever they may be founde. In wytnesse wherof J have written and sealyd this byll, the X day of Marche. Ao Dni. MCCCCLVII."

Auch diese Urkunde, die sich in der Ueberschrift als „lettre of exchaunge", im Text dagegen als „byll of payment" bezeichnet, hat die Form des promissory note. Eine Bestätigung der oben geäußerten Ansicht. Bemerkenswert ist das Vorkommen der Inhaberklausel „to the Bringer", sowie der Ausdruck „my furst and second letter", der auf die Ueblichkeit von Wechselduplikaten hindeutet. Besonders hervorgehoben ist wiederum die Siegelung.

C [20]). „Witnesseth this present bill of exchange that I, Robert Anderson, merchant, of the city of Bristove, do owe unto Thomas Mun, merchant of the said city, the sum of 100 ducats: I say an hundred duckets of current money of Spain, accompting after 11 rials of plate to the ducket: to be paid to the said Thomas Mun or his assigns within ten daies next, and yemediately after the safe arrivall of the good ship called the Gabriel of Bristowe to the port of St. Lucai in Andalousia in Spaine, or any part of the discharge. And for the true payment there of, I the above named Robert Anderson, do bind me, my goods, heirs, executors and assignes, firmly by these presents. In witness of the truth, I have caused two of these bills to be made (the which the one being paied, the other to be voide), and have put my firm and seale into them and delivered them as my deed in Bristowe, the 15th day of

---

[19]) = sum.

[20]) Macleod p. 366.

September, 1589, and in the 31 yeere of our Sovereign Queen Elizabeth her Majesties reigne."

Auch hier wieder die Form der promissory note, die Orderklausel, der Hinweis auf die Ausstellung eines Duplikates und außer der Erwähnung des Siegels, welches die Urkunde zur deed macht, die Hervorhebung der Uebergabe, ohne welche auch noch im heutigen englischen Recht eine Verpflichtung des Ausstellers nicht entsteht.

Wie aus diesen Beispielen, die der zweiten Hälfte des 15. bezw. 16. Jahrhunderts entstammen, ersichtlich, hat sich der Wechsel in England seit jener Zeit eigentlich nicht verändert, sondern nur vereinfacht. Wenn man diese drei „Bylls" nach geltendem Rechte prüft, so genügen sie vollkommen den Erfordernissen eines promissory note, eines eigenen Wechsels.

In dem Zeitabschnitte vom Anfang des 18. Jahrhunderts bis zur Kodifikation des Wechselrechts sind Aenderungen von Bedeutung, einschneidende Akte der Gesetzgebung, nicht zu verzeichnen. Auf Grundlage der customs of merchants und der precedents, des Handelsgebrauchs und der Entscheidungen der High courts of justice, hat das englische Wechselrecht sich ungestört weiterentwickelt. Das gewaltige Aufblühen des Handels, besonders des britischen überseeischen Handels in dieser Epoche vervielfältigte wohl die Zahl der im Umlauf befindlichen Wechsel, aber trotzdem ist es erklärlich, daß das Bedürfnis nach einer Kodifikation des Wechselrechts nicht als dringend empfunden wurde. Hätte doch das englische Wechselrecht ausschließliche Anwendung nur auf einen verhältnismäßig geringen Teil der Wechsel, auf die Inland bills[21]) gefunden, während die Mehrzahl, als Foreign bills[22]), Objekt der Ge-

---

[21])[22]) B. E. A. sect. 4, 1: An inland bill is a bill which is or on the face of it purports to be (a) both drawn and payable within the British Islands, or (b) drawn within the British Islands upon some person resident therein. Any other bill is a foreign bill. — Ein „Inlandwechsel" ist ein Wechsel, der tatsächlich oder seinem Aussehen nach angeblich:

setzgebung nur in gewissen rechtlichen Beziehungen hätte sein können.

Als ein weiteres, schwerwiegendes Moment kommt noch hinzu, daß die Kodifikation eine Methode, ein Typus der Gesetzgebung ist, der dem englischen Rechtsleben von jeher fremd geblieben ist. Eine im Jahre 1867 eingesetzte Kommission[23]), die damit betraut war, die Zweckmäßigkeitsfrage der Schaffung einer Art von Kodex des gesamten englischen Rechts zu prüfen, kam nicht zu einem affirmativen Ergebnis. Die 1882 endlich erfolgte Kodifikation des Wechselrechts ist daher die erste ihrer Art gewesen und bis jetzt die einzige geblieben.

An act to codify the law relating to bills of exchange, cheques and promissory notes. 18th August 1882, 45 and 46 Vict. chap. 61 (B.E.A.).

§ 2.

Wie schon der Titel der B.E.A. sagt, soll sie eine Kodifikation geltenden Rechts sein. Nicht um neue Rechtsnormen zu bringen, wurde sie erlassen, sondern um die teilweise schon seit Jahrhunderten in Geltung stehenden acts of Parliament zusammenfassend zu verarbeiten und aus der Fülle der longaeva consuetudine geheiligten Handelsbräuche diejenigen, welche überwiegend im ganzen vereinigten Königreiche in Uebung waren, auszusondern und mit Gesetzeskraft zu bekleiden. Der Hauptwert der B.E.A. liegt daher auf formellem Gebiete, in der Schaffung eines einheitlichen Gesetzes[24]).

---

a) sowohl ausgestellt, als auch zahlbar innerhalb der britischen Inseln ist, oder b) innerhalb der britischen Inseln auf eine daselbst wohnende Person gezogen ist. Jeder andere Wechsel ist ein Auslandwechsel.

[23]) Barclay p. III.

[24]) Barclay p. I: Ses cent articles non seulement constituent une transformation en droit écrit d'un grand nombre de coutumes, de décisions judiciaires, d'actes législatifs sans ordre entre eux et sans cohésion.

Ein Gesetz an Stelle der Masse vereinzelter und verstreuter Vorschriften; ein einheitliches Gesetz, das nicht nur in England und Irland, sondern auch in Schottland [25]) gilt; ein Gesetz an Stelle des Gewohnheitsrechtes. Die Bedeutung dieser Kodifikation, besonders für die englische Handelswelt, kann daher nicht hoch genug eingeschätzt werden. Daß die von der B.E.A. geschaffene Rechtssicherheit ein Gegenstand lebhafter Wünsche in denjenigen Kreisen war, die sich in erster Linie des Wechsels bedienen, in den Kreisen der Bankiers und Kaufleute, dieses beweist die Tatsache, daß die Anregung zur Vornahme der Kodifikation nicht von der Regierung oder von juristischer Seite ausging, sondern von Mitgliedern der Haute finance [26]).

Charakteristisch ist der B.E.A., wenn wir sie mit der A.D.W.O. vergleichen, das Hervortreten des Momentes der individuellen Freiheit. Wo nur irgend möglich, ist dem Belieben der Kontrahenten der größte Spielraum gelassen, die Formvorschriften sind auf ein Minimum reduziert. Deutlich spiegelt sich hierin der englische Nationalcharakter wider mit seinem Hang zur Ungebundenheit, seiner Abneigung gegen alles staatliche Reglementieren und Bevormunden. Die B.E.A. steht daher in dieser Beziehung in diametralem Gegensatz zu unserer Wechselordnung. In dieser ist der Inhalt des Wechsels bis aufs Tüpfelchen genau vorgeschrieben, fehlt ein Erfordernis, so entsteht keine Wechselverbindlichkeit. Die Wechselklausel soll als drohende Warnungstafel den Unkundigen schrecken vor den Gefahren, denen er sich durch seine Unterschrift aussetzt.

---

[25]) Barclay p. II: Cet act a encore un mérite; il va plus loin que l'Angleterre et l'Irlande et s'applique à la législation écossaise, qui ainsi qu'il est bien connu a une base et des origines différentes de celles du droit anglais.

[26]) Von der „Bankers Association". An ihrer Spitze stand der bekannte englische Finanzmann und Member of Parliament Sir John Lubbock. Der Entwurf zur B.E.Bill wurde von Chalmers ausgearbeitet.

Ganz anders das englische Gesetz! In Befolgung des gesetzgeberischen Prinzips, Einrichtungen, die der Erleichterung und Förderung des wirtschaftlichen Verkehrs dienen sollen, jedem ohne Unterschied, auch dem Unbemittelten und Unerfahrenen leicht zugänglich zu machen, verzichtet es auf die sogen. Warnungstafel der Wechselklausel, verzichtet es ferner auf die Angabe des Datums der Ausstellung, des Ausstellungsortes und des Zahlungsortes. Der gezogene Wechsel ist in B.E.A. sect. 3, 1 definiert als:

„unconditional order in writing, addressed by one person to another, signed by the person giving it requiring the person to whom it is addressed to pay on demand or at a fixed or determinable future, time a sum certain in money to or to the order of a specified person or to bearer"

„nichtbedingter, schriftlicher, von einer Person an eine andere gerichteter und vom Aussteller unterzeichneter Auftrag, welcher den Adressaten auffordert, auf Sicht oder zu einer bestimmten oder bestimmbaren zukünftigen Zeit eine bestimmte Geldsumme an oder an die Order einer bestimmten Person oder an den Inhaber zu bezahlen"

und der eigene Wechsel, das promissory note als:

„unconditional promise in writing made by one person to another signed by the maker, engaging to pay etc. . . ."

„nichtbedingtes, schriftliches, von einer Person einer anderen gemachtes und vom Aussteller unterzeichnetes Versprechen, in dem dieser sich verpflichtet, zu zahlen u. s. w."

Jedes Schriftstück, das seinem Sinne nach diesen Anforderungen entspricht, ist daher ein bill of exchange oder promissory note. Als Beispiel dafür, wie extensiv diese Vorschriften ausgelegt werden, mögen folgende zur Entscheidung durch die Gerichte gelangten Fälle dienen:

R. R. 28 p. 230. Green v. Davies.

„An instrument in the following form: ‚Received from A. B. 100 £ which I promise to pay on demand with lawful interest. C'. is a promissory note."

R. R. 30 p. 389. Edis v. Bury.

„Where an instrument is made in terms so ambiguous as to make it doubtful wether it be a bill of exchange or a promissory note, the holder may at his election (as against the maker of the instrument) treat it as either."

Die fragliche Urkunde, deren Abfassung es zweifelhaft erscheinen läßt, ob sie eine Tratte oder ein eigener Wechsel sein will, hatte folgenden Wortlaut:

40 £ 11 s. 5 d. London, 15th August 1862.
Three months after date I promise to pay Mr. John Bury, or order, forty pounds eleven shillings and fivepence, value received.
J. B. Grutherot — John Bury
35 Montague Place. — (Indorsed: John Bury).

Grutherots name was also written across the instrument.

Offenbar hat J. B. in diesem Falle statt einer Tratte einen eigenen Wechsel „gezogen", und zwar an seine eigene Order, und denselben dann in blanco indossiert. Der „Bezogene" (G) dieser wechselrechtlichen Mißgeburt hat akzeptiert, indem er seinen Namen quer schrieb. Der Kläger, Blankoindossatar Edis, betrachtet das Schriftstück anscheinend als promissory note und nimmt den Aussteller (maker) J. B. in Anspruch.

R. R. 48 p. 505, Brooks v. Elkins.

Eine Urkunde folgenden Inhalts:

„J. O. U.[27]) 20 £, to be paid on the 22nd instant.
11th Oktober 1831. W. Brooks."

wird als promissory note erklärt wegen der Worte „to be paid &c."

---

[27]) I.O.U. = „I owe you" ist die gebräuchliche abgekürzte Form des einfachen Schuldanerkenntnisses.

Das Bestreben, den Willen der Parteien in weitgehendstem Maße zu berücksichtigen, es ihnen zu ermöglichen, das Institut des Wechsels dem wirtschaftlichen Zweck des einzelnen Falles anzupassen, tritt ferner deutlich hervor in der Zulassung von Inhaberwechseln, von Ratenwechseln und von Zinsversprechen[28]).

Hand in Hand mit diesem Zurücktreten der Form zu Gunsten des Inhaltes geht begreiflicherweise eine Milderung der Wechselstrenge. Respekttage — days of grace — sind daher zugelassen, und für die Vornahme gewisser wechselrechtlicher Handlungen, wie Präsentation, Notifikation, Protesterhebung — welch letztere übrigens zur Erhaltung des Regresses gegen den Aussteller und die Indossanten von inland bills nicht erforderlich ist — sind zwar auch bestimmte Fristen gesetzt wie in unserer Wechselordnung. Jedoch wird eine Nichtinnehaltung entschuldigt, wenn der zur Vornahme der betreffenden Handlung Verpflichtete sie „with reasonable diligence" — mit angemessener Sorgfalt — und „within a reasonable time" — binnen angemessener Frist — vorgenommen hat[29]). Ob dieses im einzelnen Falle geschehen ist, unterliegt freiem richterlichen Ermessen.

---

[28]) Sect. 9: Die Verzinsung beginnt mangels abweichender Vereinbarung mit dem Tage des Datums der Ausstellung, bezw. wenn dieses nicht angegeben mit dem Tage der Begebung. — Dieser Grundsatz ist bereits ausgesprochen in Doman v. Dibden, R. R. 27, p. 761: If a bill payable at a given time after date be for a specified sum with lawful interest for the same interest shall be computed from the date.

[29]) Vgl. z. B. sect. 36, 3, 40, 41, 2 (b) u. a. m. Präzedenzfälle aus der Judikatur: R. R. 8, p. 711 Patience v. Townley: A bill drawn on Leghorn was not presented in due time, owing to the political state of the country at that time, which rendered it impossible to present it; Held, that it being afterwards presented for payment with due diligence, and refused for want of presentation at the time it was due the holder might recover against the antecedent parties. R. R. 36, p. 540. Wilkins v. Jadis: A presentement of a bill of exchange for payment at a house in London, where it is made payable at eight o'clock in the evening of the day when it becomes due, is sufficient to charge the drawer, altough

In Erwägung einerseits der Betonung des Eingehens auf den Willen der Vertragsschließenden, anderseits der Heranziehung des Laienelementes zur Urteilsfindung auch in Zivilsachen, erscheint es erklärlich, daß nach englischem Recht die Loslösung des Wechsels vom Schuldgrunde minder scharf durchgeführt ist. Zwar ist es nicht erforderlich, wohl aber zulässig, daß der Wechsel einen Hinweis auf das Wechselgrundgeschäft (a statement of the transaction which gives rise to the bill, sect. 3, 3) enthält, auch die Hinzufügung der Valutaklausel (value received) ist kein wesentliches Erfordernis des Wechsels, aber trotzdem ist dem Wechselgrundgeschäft und der Valuta große Bedeutung beigelegt. Die B.E.A. widmet der „consideration for a bill" einen besonderen Abschnitt[30]), der unter anderem auch die dem Wechselschuldner zustehenden Einwendungen nach Art und Wirkung regelt. Da die Consideration den Gegenstand einer eingehenden Erörterung bilden wird, so genüge an dieser Stelle dieser kurze Hinweis.

Da der Wechsel nach englischem Recht kein abstraktes Wertpapier ist, so unterscheidet sich auch der Wechselprozeß nur wenig vom gewöhnlichen Prozeß. Ein spezieller Wechselprozeß existiert in England überhaupt erst seit dem Jahre 1855[31]). Er wurde eingeführt durch die „Summary Procedure on bills of Exchange Act. 1855. 18 & 19 Vict., c. 67". Grund für die Erlassung dieses Gesetzes war, wie der long title der act angibt, die Notwendigkeit „to facilitate the remedies on bills of exchange and promissory notes by the prevention of frivolous or fictitious defences to actions thereon". In charakteristischer Weise unterscheidet er sich vom Wechselprozeß unserer Zivil-

---

at that hour the house be shut up, and no person there to pay the bill. Aus dem Urteil: A bill or note must be presented for payment at the bankers at the usual hours of business, but in all other cases it must be presented at reasonable time.

[30]) B.E.A. sect. 27—30.

[31]) In Schottland schon seit 1681 für foreign bills und seit 1696 für inland bills.

prozeßordnung dadurch, daß auch der Zeugenbeweis zulässig ist, bezüglich solcher Tatsachen, welche die Frage der Haftung aus einem Wechsel berühren[32]).

In zwei Hinsichten nimmt das englische Wechselrecht einen strengeren Standpunkt ein als unser deutsches. Nämlich erstens: Indem es bereits bei Verweigerung der Annahme dem Remittenten bezw. Indossatar ein sofortiges Regreßrecht gegen den Aussteller und etwaige Indossanten gewährt, ohne daß nochmalige Präsentation zur Zahlung erforderlich wäre[33]). Und zweitens: Für die Erhebung des Regreßanspruches, sowohl im Falle der Dishonorierung eines Wechsels infolge von Nichtannahme, wie infolge von Nichtzahlung ist die Notifikation (giving notice of dishonour) erforderlich, und zwar hat die Notifikation nicht nur an den unmittelbaren Vormann zu erfolgen, sondern an den Aussteller und an jeden Indossanten[34]); dafür ersetzt sie aber auch für inland bills die Protesterhebung[35]).

Was die Theorie der B.E.A. anbelangt, so möchte ich sie als eine abgeschwächte Vertragstheorie bezeichnen. Jede Erklärung auf dem Wechsel, sei es die des Ausstellers, des Akzeptanten, oder eines Indossanten, ist eine vertragsmäßige[36]),

---

[32]) sect. 100 ordnet die Anwendung dieser Bestimmung auch auf Schottland an, wo sie bis dahin nicht galt.

[33]) sect. 43, 2, desgl. in § 158 des Negotiable Instruments Law of New York, 1897, das in vielen Paragraphen mit der B.E.A. wörtlich übereinstimmt und von 22 Staaten der United States fast gleichlautend übernommen ist.

[34]) sect. 48.

[35]) Barclay p. 109: La notification joue en droit anglais une rôle quelle est loin de remplir en aucune autre législation européenne. On peut en quelque sorte dire que pour la loi anglaise toute lettre intérieure est supposée contenir la clause „sans frais".

[36]) sect. 21: Every contract on a bill, wether it be the drawer's, the acceptor's or an indorser's is incomplete and revocable, until delivery of the instrument in order to give effect thereto(!). Provided that where an acceptance is written on a bill, and the drawee gives notice to or according to the directions of the person entitled to the bill that he has accepted it, the acceptance than becomes complete and irrevocable.

keine einseitige, und ist daher widerruflich bis der Wechsel dem anderen Kontrahenten übergeben ist[37]), und zwar übergeben ist in der Absicht, ihn zum Besitzer zu machen. Bei der Annahme ersetzt die Benachrichtigung des Präsentanten durch den Akzeptanten, daß er angenommen habe, die Uebergabe. Diese Regel wird jedoch durch zwei Präsumtionen abgeschwächt. Es hat nämlich der Aussteller, Akzeptant oder Indossant, der den Besitz eines Wechsels verloren hat, die Vermutung (praesumtio iuris) gegen sich, daß er den Besitz durch gültige unbedingte Uebergabe verloren habe, und zweitens besteht zu Gunsten eines legitimierten Inhabers (holder in due course) die Vermutung, und zwar eine praesumtio iuris et de iure, gegen alle seine Vormänner, daß der Wechsel durch eine Kette gültiger Uebergaben auf ihn gekommen sei. Ihm gegenüber kann sich also derjenige, der den Besitz des Wechsels unfreiwillig verloren hat, nicht auf den Mangel der Uebergabe berufen, der bei strikter Durchführung der Vertragstheorie das Zustandekommen eines Vertrages verhindert hätte. Die B.E.A. kommt also dadurch, daß sie in den eben erörterten Fällen die Konsequenzen ihrer Theorie nicht zieht, zu einem Resultat, das sich vom Standpunkte der Kreationstheorie unmittelbar ergibt. Anderseits vermeidet sie mit dieser Theorie eine meines Erachtens durch Uebertreibung des Gedankens der Wechselstrenge bewirkte Härte. Ich meine die Unwiderruflichkeit des einmal geschriebenen Akzeptes, die von der herrschenden Ansicht[38]) vertreten wird und auch in fremde Wechselgesetzgebungen[39]) übergegangen ist, obwohl sie aus W.O. Art. 21 Abs. 4 nicht unanfechtbar hervorgeht.

---

[37]) Bigelow p. 13.

[38]) Vgl. Wächter S. 293; Rehbein S. 59 Anm. 5; R.G. 9 Nr. 9.

[39]) Skandinav. Wechselgesetz vom 7. Mai 1880 § 21 Abs. 3: „Befindet sich ein Akzept einmal auf dem Wechsel, so kann es in gültiger Weise weder ausgestrichen, noch verändert, noch zurückgenommen werden“ und: Schweiz. Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 Art. 740 Abs. 1: „Die einmal erfolgte Annahme kann nachträglich, auch wenn

Die B.E.A. regelt nicht nur das Wechselrecht, sondern auch das Recht des Schecks, der bekanntlich im wirtschaftlichen Leben Englands eine bedeutend wichtigere Rolle spielt wie bei uns. Sect. 73, 1 definiert den Scheck kurz und klar als einen auf einen Bankier gezogenen Sichtwechsel. Charakteristisch für die von der unserigen vollkommen abweichende Auffassung vom Zusammenhang des gezogenen und eigenen Wechsels ist, ganz abgesehen von dem Fehlen einer gemeinsamen Bezeichnung für beide, die Anordnung der B.E.A. Nach einem kurzen, die Bedeutung einiger termini technici erläuternden Abschnitte behandelt sie im zweiten Abschnitt den gezogenen Wechsel, sodann im dritten den Scheck, und erst im vierten den eigenen Wechsel. Bezüglich der Sprache und des Stils der B.E.A. ist zu bemerken, daß sie sich einer an Weitschweifigkeit grenzenden Ausführlichkeit befleißigt. Doch entspringt dies offenbar dem Bestreben, auch einem juristisch nicht vorgebildeten Leser das Eindringen in den Sinn des Gesetzes zu ermöglichen. Gegen ältere englische Gesetze hebt sich die B.E.A. vorteilhaft ab durch ihren klaren, oft geradezu knapp zu nennenden Satzbau, der das Verständnis der einzelnen Vorschriften auch demjenigen, der sich mit juristischer englischer Literatur noch nicht beschäftigt hat, wesentlich erleichtert.

II. Die Lehre von der Consideration.

§ 3.

Bevor wir in eine Erörterung der Bedeutung der Consideration im englischen Wechselrecht eintreten, ist es erforderlich, daß wir uns den Begriff der Consideration im allgemeinen klar machen. Denn dieser Begriff ist nicht nur unserem deut-

---

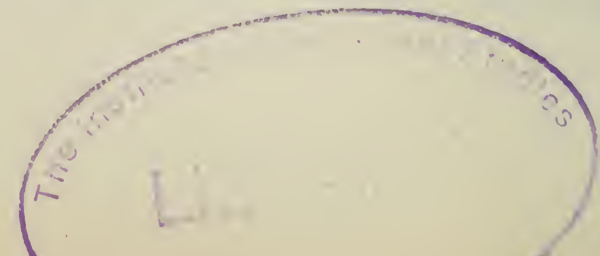
der Wechsel von dem Bezogenen an den präsentierenden Inhaber noch nicht zurückgegeben ist, weder ganz zurückgenommen, noch in irgend einer Weise beschränkt werden“.

schen Recht, sondern den kontinentalen Rechten überhaupt vollkommen fremd. Einzig und allein im englischen Rechte und einer Anzahl dessen kolonialer Tochterrechte ist er auf dem Gebiete des Obligationenrechtes zu einer Bedeutung gelangt, die umso überraschender wirkt, als der dem romanistisch geschulten Denken nicht logisch notwendig, nicht als ein begrifflich notwendiges Element des Vertrages erscheint. Es macht daher Schwierigkeiten, der Consideration einen Platz im System der Lehre vom Vertrage, wie unsere Rechtswissenschaft ihn aufzufassen pflegt, anzuweisen. Es ist keine Lücke vorhanden, die sie auszufüllen berufen scheint, und unsere deutsche Sprache hat kein Wort, unsere juristische Terminologie[40]) keinen Ausdruck, der den Begriff der Consideration präzise und erschöpfend wiedergibt. Am ehesten noch könnte man von Gegenleistung sprechen, wennschon auch damit das Wesen der Consideration keinesfalls restlos zum Ausdruck gelangt. Der Grund für diese befremdende Erscheinung ist darin zu suchen, daß das englische Recht bei der Konstruktion des obligatorischen Vertrages (contract) vom Standpunkt der Klagbarkeit ausgeht. Ein Abkommen (agreement), aus dem keine Klage erwächst, wenn es sich diesen Vorzug nicht durch Benutzung einer gewissen Form sichert, ist kein Vertrag, kein contract. Die Klagbarkeit ist also ein notwendiges Erfordernis des Vertrages, man kann ihn definieren als übereinstimmende Willenserklärung zweier oder mehrerer Parteien, die auf Begründung eines Schuldverhältnisses gerichtet und klagbar ist[41]).

Der Gesichtspunkt der Klagbarkeit, der Möglichkeit, einen streitigen Anspruch aus einem Uebereinkommen im Prozesse durchzuführen, ist daher auch maßgebend für die Art und Weise der systematischen Einteilung der contracts. Man unterscheidet

[40]) Justa causa obligandi? Vgl. S. 102 ff., 106.

[41]) Pollok p. 2: Every agreement enforcable by law is a contract.



nämlich herkömmlicherweise, und diese Unterscheidung ist die in der englischen Rechtswissenschaft allgemein übliche[42]):

a) Formal contracts, Verträge, bei denen das Vorhandensein einer bestimmten Form genügt, um ihnen die Klagbarkeit zu sichern. Hierbei ist zu bemerken, daß die Form teils vorgeschrieben ist, um Verträgen, welche z. B. die Parteien auf längere Zeit binden, oder welche aus sonst einem Grunde besonders drückende Verpflichtungen herbeiführen, eine reiflich überlegte, genau fixierte Formulierung zu sichern, teils aber, und dies interessiert uns hier besonders, um durch die Form einen Mangel des Inhalts zu verdecken, welcher, wenn im Prozesse einredeweise vom Gegner geltend gemacht, die Klagbarkeit des Anspruches vernichten würde. Die Form ist also hier Schutzapparat gegen eine gewisse Einrede, nämlich gegen die Einrede der fehlenden consideration. Bei den formal contracts sind zwei Klassen zu unterscheiden:

1. Contracts of record. Hierher gehören die Urteile einer gewissen Klasse von Gerichten, der courts of record, und die recognisances. Letzteres sind resolutiv bedingte und in die Bücher (rolls) eines court of record eingetragene Schuldanerkenntnisse, in denen sich der recognisor dem recognisee verpflichtet, eine bestimmte Summe zu zahlen, falls er nicht binnen bestimmter Zeit eine bestimmte Verpflichtung erfüllt. Diese Form, deren Hauptmerkmale die Unzulässigkeit des Gegenbeweises ist, ist der Umständlichkeit des Verfahrens wegen wenig gebräuchlich. Häufigere Anwendung findet dagegen die zweite Form, die der

2. Specialty. Unter specialties sind zu verstehen schriftliche gesiegelte Urkunden; darunter sind zu rechnen deeds und bonds (Schuldanerkenntnisse in dieser Form). Die Form der specialty oder deed — beide Ausdrücke werden meist synonym gebraucht — ist für eine Reihe von Verträgen vorgeschrieben, wie Seeversicherungsverträge, Rechtsgeschäfte von Korpora-

---

[42]) Wharton p. 179, 641; Wertheim p. 154; Pollock p. 141.

tionen, Uebertragung von Gesellschaftsanteilen, Heiratsverträge u. a. In prozessualer Hinsicht unterscheiden sich die contract under seal von den contracts of record dadurch, daß gegen erstere der Nachweis einer gesetzwidrigen Consideration zulässig ist.

Den formal contracts stehen gegenüber die keiner besonderen Form bedürfenden:

b) Informal oder simple contracts. Zu dieser Gattung von Verträgen gehören sowohl die schriftlichen (was wegen des Gegensatzes zu den diesbezüglichen Normen unseres Rechts besonderer Betonung bedarf!), wie die mündlichen. Um aber wirklich klagbar zu sein, um als Kontrakt zu gelten, muß ein formloser Vertrag zwei Voraussetzungen erfüllen. Dies ist in erster Linie das allgemein erforderliche Element der Willensübereinstimmung — there must be the meeting of two minds in one and the same intention (Pollock p. 3) — und zweitens das Vorhandensein einer einwandfreien Consideration.

§ 4.

Was ist nun unter Consideration zu verstehen?

Für diese Frage findet sich eine knappe und präzise Antwort in folgender im Jahre 1875 von der Exchequer Chamber gegebenen Definition[43]):

> „A valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit or benefit accruing to the one party or some forbearance, detriment, loss or responsibility, given, suffered or undertaken by the other."
>
> Ein gültiger Entgelt, im Sinne des Gesetzes, kann bestehen entweder
>
> 1. in einem rechtlichen Vorteil (wörtl.: Recht, Interesse, Vorteil oder Nutzen) für den einen Kontrahenten (den Promittenten) oder in

---

[43]) Pollock p. 164.

2. einem rechtlichen Nachteil (wörtl.: einem Verzicht, Schaden, Verlust oder Haftung), den der andere Kontrahent (der Promissar) erleidet.

Die Consideration ist also ihrem Inhalt nach ein Entgelt, ein Quid pro quo, ein Gegenwert, und zwar ein Gegenwert für ein promise, für eine Verpflichtung zu einer Leistung. Auf die Erfüllung dieser Verpflichtung kann nur geklagt werden, es liegt nur dann ein contract vor, wenn sich promise und consideration entsprechen[44]). Die Consideration ist also ihrem Wesen nach eine Gültigkeitsbedingung für den contract, und zwar für den simple contract. Für formal contracts, contracts under seal bedarf es des Nachweises einer Consideration nicht. Diese Voraussetzung der Klagbarkeit wird bei ihnen durch die Form ersetzt. In diesem Sinne hat daher Pollock recht, wenn er sagt:

> „Perhaps it (die Consideration) is to be regarded rather as a condition generally . . . imposed by a positive rule of english law as needful to the formation of a binding contract than as an elementary constituent of an agreement (p. 9)."
>
> „Vielleicht ist die Consideration eher als eine durch positive Vorschrift des englischen Rechts allgemein als notwendig für das Zustandekommen eines bindenden (und daher klagbaren) Contracts geforderte Bedingung aufzufassen, wie als grundlegender Bestandteil eines Vertrages überhaupt."

Derjenige, welcher aus einem formlosen Vertrage klagt, muß daher, um seine Klage zu substantiieren, ausführen und im Falle des Bestreitens beweisen, daß entweder der Beklagte für die versprochene Leistung einen Vorteil erlangt hat, oder daß seine, des Klägers, rechtliche Stellung im ursächlichen Zu-

---

[44]) Barclay p. 31: . . . que les seules causes qui peuvent donner validité à un contrat sont celles qui ont un caractère onéreux . . . Quant au contrat de bien-faisance, il n'entrainerait pas d'obligation parce qu'il y manque le „quid pro quo" donné, ou risque dont on s'est chargé.

sammenhange mit der Leistung des Beklagten verschlechtert ist. Mißlingt ihm dieser Nachweis, man spricht in diesem Falle von failure of consideration, so mißlingt ihm damit der Nachweis des Bestehens eines Vertrages, er hat keinen klagbaren Anspruch. Es kann also z. B. der Empfänger eines mündlichen oder schriftlichen Schenkungsversprechens nicht auf Erfüllung klagen. Es fehlt die Consideration, da weder der Schenker eine positive Leistung für die Schenkung bekommt, noch der Beschenkte eine Gegenleistung bietet durch Aufgabe eines Anspruchs oder dergleichen. Bei der Schenkung ist ja eine Gegenleistung, eine Consideration begrifflich ausgeschlossen. Es bedarf daher das Schenkungsversprechen nach englischem Recht einer besonderen Form (deed), wenn auch aus anderem Grunde wie nach deutschem Rechte (B.G.B. § 518). Der want of value, die non-onerosity[45]) müssen durch die Form ersetzt werden. Ein Versprechen, das von diesem do ut des-Prinzip abweicht und nur auf einer moral oder good consideration, wie Liebe, Anhänglichkeit und dergleichen beruht, ermangelt gleichfalls der Klagbarkeit. Eine valuable consideration muß vorhanden sein.

Dagegen ist es nicht erforderlich, daß die Consideration dem Anspruch, welchen sie als klagbar begründet, in wirtschaftlicher Beziehung gleichwertig ist. Es läge ja auch in einer derartigen Bestimmung eine Beschränkung der Dispositionsbefugnis der Parteien, die dem englischen Rechte, seinem ganzen Charakter nach, durchaus fremd wäre. Auf diese Weise ist die Möglichkeit eröffnet, jedem agreement, jedem promise durch Versprechen einer, wenn auch noch so geringen, Gegenleistung die Klagbarkeit zu gewähren, es zum simple contract zu erheben. Bei gegenseitigen Verträgen aber stehen sich naturgemäß stets zwei considerations gegenüber. So klagt z. B. der Käufer auf Lieferung der Ware, indem er als Consideration der Lieferungspflicht des Verkäufers das von ihm

---

[45]) Vgl. Chalmers p. 82.

seinerseits gegebene Zahlungsversprechen bezw. die erfolgte Zahlung geltend macht.

§ 5.

Um als valuable consideration vom Gesetz anerkannt zu werden, muß der Gegenwert einer Reihe von Anforderungen genügen. Der Grundsatz dafür ist in folgenden Worten ausgedrückt:

> Pollock p. 173: „The true limitation is, that the thing promised must be in itself possible, and such as the promisor is legally competent to perform."
>
> „Die richtige begriffliche Begrenzung der Consideration besteht darin, daß die versprochene Leistung objektiv möglich ist, und daß ihre Ausführung innerhalb des vom Gesetze dem Promittenten gewährten Spielraums liegt."

Es ergeben sich demnach folgende Forderungen für die Eigenschaften der Consideration.

Sie muß 1. möglich sein. Ein Versprechen, dessen Ausführung offenbar unmöglich ist, kann also nicht die Klagbarkeit eines Anspruches auf die Gegenleistung begründen.

Sie muß 2. erlaubt sein. Die Leistung oder das Leistungsversprechen darf nicht gegen Gesetz oder Moral verstoßen. Es ist also z. B. der Anspruch auf eine Belohnung, welche für die Unterlassung der pflichtmäßigen Amtshandlung einem Beamten versprochen ist, nicht klagbar.

Sie muß 3. bestimmt sein, d. h. mit derartiger Deutlichkeit präzisiert, daß der Partei, welche sich darauf beruft, die Möglichkeit ausreichender Substantiierung gewährt ist.

Sie muß 4. in einer Leistung bestehen, welche dem Verpflichteten nicht schon kraft gesetzlicher Vorschrift oder auf Grund eines bereits zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages obliegt[46]). Denn in einer derartigen einfachen

---

[46]) Bestritten ist die Frage, ob in dem Versprechen einer Leistung, welche einer dritten, an dem Vertrage, aus welchem der klagbare An-

Wiederholung der Verpflichtung liegt im allgemeinen keine Verbesserung der rechtlichen Lage des Berechtigten. Wohl aber liegt eine valuable consideration vor, wenn auf Grund einer bereits bestehenden Verpflichtung und in Verbindung mit dieser dem Berechtigten ein rechtlicher Vorteil zugewandt oder versprochen wird. Z. B.: A schuldet dem B 100 £ nebst 4 % Zinsen; A und B schließen einen Vertrag, nach welchem sich B mit 3½ % zu begnügen verspricht, während A sich verpflichtet, den C als Bürgen für seine Schuld zu stellen.

Bei der Aufzählung dieser Anforderungen an die Consideration, zumal der drei ersten: Möglichkeit, Gesetzlichkeit und Bestimmbarkeit, wird man unwillkürlich an den römischrechtlichen Begriff der Causa erinnert. Und in der Tat haben beide Begriffe viel Verwandtes. Aber sie sind keineswegs identisch. Der der Causa ist weiter. Man kann aus der Causa stets die Consideration bestimmen und aus der Consideration einen Schluß auf die rechtliche Natur der causa ziehen. Was jedoch beide Begriffe scharf voneinander trennt, ist das Moment der Gegenseitigkeit, des Gegenwertes, welches den Hauptfaktor der Consideration bildet. Der Begriff der Consideration zeugt meines Erachtens von einer mehr äußerlichen, schablonenhaften Auffassung. In diesem Schablonenhaften liegt aber auch der Hauptwert der Lehre von der Consideration. Sie läßt sich auf Verträge jeder Art ohne Rücksicht auf ihren wirtschaftlichen oder rechtlichen Charakter anwenden. Auf Real- wie auf Konsensualverträge, auf einseitig-verpflichtende wie auf gegen-

---

spruch entsteht, nicht beteiligten Person gegenüber zu bewirken ist, eine Consideration für diesen Vertrag erblickt werden kann oder nicht. Man denke sich folgenden Fall: Ein Onkel verspricht seinem Neffen bei der Nachricht von dessen Verlobung (Leistung: Eingehung der Ehe) mit einer gewissen Dame (der dritten Person) eine jährliche Rente. Der Neffe heiratet, die Rente wird einige Jahre gezahlt, dann stirbt der Onkel. Kann der Neffe den Erben auf Zahlung noch rückständiger Raten verklagen? Ist die Verlobung und Heirat mit Frl. X eine valuable consideration für das Versprechen des Onkels?

seitige. Sie schematisiert, macht gewissermaßen alle diese Unterschiede verschwinden. Bei jeder Klage aus einem informal contract wird der Richter zunächst nach der Consideration des geltend gemachten Anspruchs fragen. Er hat damit ein Mittel, die Haltlosigkeit unbegründeter Ansprüche in vielen Fällen sofort festzustellen. Das Vorhandensein der Consideration und der Nachweis derselben ist also von grundlegender Bedeutung für die Geltendmachung eines Anspruches auf Leistung aus einem Vertrage. Dieser Gedanke, auf den wir im folgenden öfter zurückgreifen werden, bildet daher die Basis unserer Untersuchung der Rolle, welche die Consideration im Wechselrechte spielt.

III. Die Consideration im Wechselrecht der Bills of Exchange Act. (B.E.A.)

§ 6.

Ein einseitiges formloses[47]) Versprechen ermangelt nach englischem Recht der bindenden Kraft und bringt keinen klagbaren Anspruch hervor. Die Kreationstheorie konnte, wollte man nicht dem Wechsel eine ganz exzeptionelle Stellung einräumen, deshalb für das englische Wechselrecht nicht in Betracht kommen. Die B.E.A. steht daher durchaus auf dem Boden der Vertrags- oder Begebungstheorie. Dieser Grundsatz ist ausgesprochen in B.E.A. sect. 21:

> „Every contract on a bill, wether it be the drawer's, the acceptor's or an indorser's is incomplete and revocable, until delivery of the instrument in order to give effect thereto."
>
> „Jeder wechselmäßige Vertrag oder jede wechselmäßige Verpflichtung, sei es die des Ausstellers, des

---

[47]) Zu den „formlosen" Verträgen gehören auch, wie oben ausgeführt, die „schriftlichen" Verträge, also auch der Wechsel.

Akzeptanten oder eines Indossanten, ist unvollständig und widerruflich bis zur Uebergabe der Urkunde in der Absicht, sie wirksam werden zu lassen."

und B.E.A. sect. 84:

„A promissory note is inchoate an incomplete until delivery thereof to the payee or the bearer."

„Ein eigener Wechsel ist unvollendet und unvollständig bis zur Uebergabe an den Remittenten oder Inhaber."

Hieraus folgt, daß für die Beurteilung der rechtlichen Beziehungen zwischen den Wechselbeteiligten die Grundsätze des Vertragsrechtes anzuwenden sind. Es wäre aber unrichtig, den Wechsel als abstrakten Vertrag aufzufassen, dies ist er seiner rechtlichen Natur nach nicht. Die scharfe Unterscheidung der Begriffe „abstrakt" und „kausal", welche für uns die Konstruktion der aus dem Wechsel sich ergebenden Rechtsverhältnisse so wesentlich erleichtert, ist dem englischen Rechte fremd[48]).

Es kennt keine abstrakten Willenserklärungen, oder höchstens Willenserklärungen, die insofern abstrakt sind, als sie auf eine Angabe des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes verzichten. Nichtsdestoweniger ist aber doch dieses der Schuld-

---

[48]) Barclay p. XVII: En effet le droit anglais exige l'existence d'une cause de valeur tout en établissant, il est vrai, une présomption en faveur de cette existence. Cette nécessité d'une cause de valeur qui joue dans le droit commun anglais un rôle beaucoup plus essentiel que dans le droit français est ici restreinte pour faciliter la circulation.

Or le droit allemand est plus radical, la lettre de change doit circuler sans entrave aucune. . . . Elle contient en elle-même une certaine promesse unilatérale de payer une certaine somme, et constitue un contrat indépendant de toute cause originaire, dérivant exclusivement de sa forme et soumis aux relations personelles des contractants d'une façon très-restreinte. Ainsi, disent les Allemands, la lettre constitue une relation juridique qui ne repose que sur elle-même.

C'est ce dernier système qui semble destiné à prévaloir!

grund. Dem bloßen Willen der Parteien, sich zu verpflichten, legt das englische Recht keine bindende Kraft bei. Für das Wechselrecht ist dieser Gedanke, wenn auch nicht direkt, ausgesprochen in B.E.A. sect. 3, 3 (b), woselbst eine Angabe des Schuldgrundes ausdrücklich für zulässig erklärt ist:

> „an unqualified order to pay coupled with . . . (b) a statement of the transaction (!) which gives rise to the bill, is unconditional."
>
> „Ein unbeschränkter Zahlungsauftrag in Verbindung mit einer Angabe des Rechtsgeschäftes, welches der Grund zur Ausstellung des Wechsels war, ist unbedingt."

§ 7.

In dem Abschnitte „The consideration for a bill" (der Entgelt für einen Wechsel) behandelt die B.E.A. in sect. 27 den Entgelt, sect. 28 spricht von Gefälligkeitswechseln, sect. 29 stellt den Begriff des legitimierten Inhabers oder „gutgläubigen Inhabers gegen Entgelt" fest, und sect. 30 enthält Präsumtionen zu Gunsten des Wechselinhabers, welche ihm den Einwendungen des in Anspruch genommenen Wechselschuldners gegenüber annähernd die gleiche Stellung gewähren, wie dies Art. 82 W.O. in unserem Wechselrechte tut.

Man kann daher wohl sagen, daß die rechtliche Stellung des Wechselgläubigers in beiden Wechselrechten fast die gleiche ist. Aber der Weg, auf dem das englische Recht zu diesem Resultate kommt, ist ein gänzlich abweichender. Ihm zu folgen und die oft verwickelte juristische Konstruktion darzustellen, ist im folgenden unser Ziel.

Betrachten wir zunächst sect. 27:

> „Valuable consideration for a bill may be constituted by
> a) Any consideration sufficient to support a simple contract."
>
> „Der Gegenwert für einen Wechsel kann bestehen

a) in irgend einem Gegenwert, welcher genügt zur Begründung eines formlosen[49]) Vertrages."

In dieser Bestimmung finden wir den Grundsatz. Die Lehre von der Consideration soll auch für den Wechselvertrag gelten. Der Wechselvertrag soll sich grundsätzlich nicht vom simple oder informal contract unterscheiden, er ist grundsätzlich ein simple contract. Die Wechselurkunde ist also theoretisch zunächst nichts anderes als die Aufzeichnung des von den Parteien geschlossenen Vertrages, in erster Linie des für die Valuta als Gegenleistung gegebenen Zahlungsversprechens. Er ist in diesem Falle nur eine von den Parteien aus praktischen Gründen gewählte Form des Vertragsschlusses, um dem Promissar gewisse rechtliche und wirtschaftliche Vorteile, wie z. B. die Antizipierung der Leistung durch Diskontierung des Wechsels zu gewähren. Es ist ohne weiteres ersichtlich, daß dieser theoretische Grundfall in der Praxis von den Beteiligten nur in gewissen, nicht die Mehrzahl bildenden Fällen, z. B. zur Sicherung einer Darlehnsforderung, beabsichtigt sein wird.

Denjenigen Fall, welcher praktisch weitaus wichtiger ist, nämlich den der Wechselhingabe zwecks Erfüllung durch Eingehung einer Verbindlichkeit, behandelt sect. 27, 1 (b):

b) „an antecedent debt or liability. Such a debt or liability is deemed valuable consideration wether the bill is payable on demand or at future time."

b) „In einer bereits bestehenden Schuld oder Verpflichtung. Eine derartige Schuld oder Verpflichtung gilt als Entgelt ohne Rücksicht darauf, ob der Wechsel auf Sicht oder zu einer künftigen Zeit zahlbar ist."

Ohne diese Bestimmung wäre der Wechsel von seinem Hauptanwendungsgebiete abgeschnitten. Sie legt die erste Bresche in die gemeinrechtliche Lehre von der Consideration. Wie auf S. 105 ausgeführt ist, kann eine bereits bestehende,

---

[49]) klagbaren.

vertragsmäßige oder gesetzliche Verpflichtung nicht Consideration eines Vertrages sein. Im Wechselrecht muß diese Schranke fallen, umsomehr da eine Unterscheidung, ob es sich um die Schuld aus einem bestimmten Rechtsgeschäft oder um eine „bereits bestehende“, durch die Dauer ihres Bestandes gewissermaßen verselbständigte, abstrahierte Schuld handelt, kaum durchführbar ist, wenn man, wie das englische Recht es tut, die bindende Kraft des Parteiwillens, des bloßen Willens als causa debendi verneint [50]).

Die Ausdehnung des Begriffes Consideration auf antecedent debts ist im Interesse der Erhöhung der Möglichkeit, vom Wechsel Gebrauch zu machen, von größter Bedeutung. Ob es aber nötig war, sie durch eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung anzuordnen, erscheint mir zweifelhaft. Denn eine Schuld in Wechselform ist eben nicht mit der bereits bestehenden Schuld identisch, sondern sie ist eine Schuld mit verstärkter Garantie und erleichterter prozessualer Durchsetzung. Dem rechtlichen Vorteil, welcher dem Wechselgläubiger hieraus erwächst, scheint mir eine genügende Consideration zu entsprechen, wenigstens bei einem „zu einer künftigen Zeit zahlbaren“ Wechsel, da sich hier Leistung des Gläubigers, bestehend in der Gewährung einer Zahlungsfrist und Leistung des Schuldners, bestehend im Eingehen einer wechselmäßigen Verbindlichkeit, gegenüberstehen. Anders allerdings bei einem Sichtwechsel. Durch die Ausstellung bezw. Annahme eines solchen seitens des Schuldners würde

---

[50]) Bezüglich des englischen Wechselprozesses sei bemerkt, daß er sich vom gewöhnlichen Verfahren durch Schnelligkeit und Vereinfachung, nicht durch die Art des Beweisverfahrens unterscheidet. Das erste Gesetz in England, welches einen besonderen Wechselprozeß einführt, ist 18 & 19 Vict. c. 67. An act to facilitate the remedies on bills of exchange and promissory notes by the prevention of frivolous or fictitious defences to actions thereon. (The summary procedure on bills of exchange act 1855) 23 July 1855. Dies Gesetz wurde abgeändert durch die Art. III und IV der Supreme court of judicature act 1880. Barclay p. 191 ff.

zwar die rechtliche Lage des Gläubigers verbessert, aber nicht die des Schuldners, da ihm der Wechsel ja sofort zur Zahlung präsentiert werden kann. Für die rechtliche Besserstellung des Gläubigers würde also die Consideration fehlen, und damit auch dem Vertrage die Klagbarkeit, die ja, worauf hier erneut hingewiesen sei, nicht aus der Wechselform folgt. Aus dieser Erwägung ist daher die Hinzufügung des Satzes 2 in sect. 27, 1 (b) erfolgt.

Sect. 28 handelt von der Gefälligkeitspartei und deren rechtlicher Stellung.

B.E.A. sect. 28:

1. „An accommodation party to a bill is a person who has signed a bill as drawer, acceptor or indorser, whithout receiving value therefor, and for the purpose of lending his name to some other person."

„Gefälligkeitspartei bei einem Wechsel ist eine Person, welche den Wechsel als Aussteller, Akzeptant oder Indossant ohne Entgelt, und um einer anderen Person ihren Namen zur Verfügung zu stellen, gezeichnet hat."

Zum Begriffe der Gefälligkeitspartei gehören also zwei Erfordernisse. Ein objektives, nämlich der Eintritt in das Wechselverhältnis als Schuldner ohne Entgelt. Dies allein würde aber noch nicht genügen, um die betreffende Partei zur Gefälligkeitspartei zu machen, da ja z. B. die Ausstellung oder Indossierung auch in der Absicht der Schenkung erfolgen kann. Es muß noch ein zweites subjektives Moment hinzutreten: Die Absicht, durch die Unterzeichnung des Wechsels in irgend einer der genannten Eigenschaften zu Gunsten eines anderen den eigenen, als zahlungsfähig bekannten Namen herzugeben. Diese Absicht, den eigenen Kredit einem anderen nutzbar zu machen, ist das Charakteristische der Gefälligkeitspartei, nicht der Eintritt in das Wechselverhältnis ohne Entgelt. Aber keines der beiden Momente findet eine besondere gesetzliche Berücksichtigung, weder die uneigennützige Absicht, noch der Mangel der Consideration. Es bestimmt vielmehr sect. 28, 2:

2. „An accommodation party is liable on the bill to a holder for value, and it is immaterial wether, when such holder took the bill, he knew such party to be an accommodation party or not.“

„Eine Gefälligkeitspartei haftet einem Inhaber gegen Entgelt wechselmäßig. Die Kenntnis des Inhabers gegen Entgelt von der Eigenschaft der Gefälligkeitspartei kommt nicht in Betracht.“

Die letztere Vorschrift ist eigentlich überflüssig, denn es versteht sich von selbst, daß die Kenntnis des Inhabers von dieser ihrer Eigenschaft die Haftung der Gefälligkeitspartei nicht ausschließen darf. Andernfalls würde ja damit der mit dem Eintritt als Gefälligkeitspartei bezweckte Erfolg, die Erhöhung der Sicherheit, illusorisch werden. Trotzdem hier ein gewollter Verzicht auf die Consideration vorliegt, kann ihr Fehlen einem Inhaber gegen Entgelt nicht entgegengesetzt werden. In dem Gegensatz zwischen dem Gefälligkeitswechsel, der durch den Handelsgebrauch geschaffen wurde, und der Lehre von der Consideration als Gültigkeitsbedingung des Vortrages hat ersterer obgesiegt. Nur durch dieses weitgehende Zugeständnis ist das Prinzip der sect. 27, 2 gewahrt.

In sect. 28, 2 spricht die B.E.A. vom „Inhaber gegen Entgelt“. Der Begriff des Inhabers gegen Entgelt ist unserem Wechselrechte fremd. Ebensowenig wie es die Valutaklausel fordert, ebensowenig verlangt es vom klagenden Wechselgläubiger einen Nachweis des entgeltlichen Erwerbes des Wechsels. Auf diesen Standpunkt kann sich das englische Wechselrecht nicht stellen, da es grundsätzlich keinen Unterschied macht zwischen dem Wechselvertrage und dem simple oder informal contract. Streng genommen müßte daher derjenige, welcher die Klage aus dem Wechsel erhebt, um das Zustandekommen eines contract und damit die Klagbarkeit seines Anspruches darzutun, darlegen, daß der von ihm beanspruchten Leistung eine von ihm gemachte Leistung gegenübersteht. Damit wäre aber dem Schuldner ein Mittel an die

Hand gegeben, durch negative Litiskontestation die Geltendmachung des Anspruchs aus dem Wechsel erheblich zu erschweren. Daß dadurch ein wesentlicher Vorzug des Wechsels, die Erleichterung der Klage aus ihm, beseitigt würde, leuchtet ohne weiteres ein. Die B.E.A. sucht deshalb diese Schwierigkeiten, die sich aus der Anwendung der gemeinrechtlichen Vertragslehre mit Notwendigkeit ergeben müssen, zu umgehen, indem sie einesteils dem Kläger den Nachweis der Consideration erläßt, anderenteils die Consideration unter gewissen Voraussetzungen für bezw. gegen bestimmte Wechselbeteiligte fingiert.

Ersteres geschieht in sect. 30, 1:

> „Every party whose signature appears on a bill is primâ facie deemed to have become a party thereto for value."
>
> „Jede Person, deren Unterschrift auf dem Wechsel steht, gilt bis zum Beweise des Gegenteils als Wechselbeteiligter gegen Entgelt."

Diese praesumtio iuris erstreckt sich ohne Ausnahme auf alle Wechselbeteiligten. Sie kehrt die normale Beweisregel um, die dem Kläger den Beweis der bestrittenen, zur Begründung seines Anspruchs dienenden Tatsachen zuschiebt. Es hat nunmehr der Beklagte, der das Vorhandensein der Consideration bestreitet, dieses zu beweisen. Da aber bekanntlich der Beweis dessen, daß etwas nicht geschehen, sehr schwierig ist, so wird durch diese Vorschrift dem Beklagten die Einrede der mangelnden Consideration tatsächlich abgeschnitten, mit Ausnahme derjenigen Fälle, in welchen der Kläger sein unmittelbarer Nachmann ist.

Auf einen engeren Kreis von Wechselbeteiligten beschränkt, aber ihrer Wirkung nach stärker ist die Präsumtion der sect. 27, 2:

> „Where value has at any time been given for a bill the holder is deemed to be a holder for value as regards

the acceptor and all parties to the bill who became parties prior to such time."

„Ist zu irgend einer Zeit Entgelt geleistet für einen Wechsel, so gilt der Inhaber als Inhaber gegen Entgelt in dem Verhältnis zum Akzeptanten und den Wechselbeteiligten, welche vor jenem Zeitpunkt in den Wechselverband eintraten."

Durch diese Vorschrift wird die Consideration zu Gunsten des jeweiligen Inhabers präsumiert und zwar, anders wie in sect. 30, 1, praesumtione iuris et de iure. Die Voraussetzung der Anwendung der Präsumtion besteht in der Tatsache, daß eine Valuta für den Wechsel gegeben ist. Wer sie gegeben hat, das ist irrelevant. Sie kann auch durch eine außerhalb des Wechselverbandes stehende Person gegeben sein. Die Präsumtion richtet sich gegen den Akzeptanten, der sich ja unbedingt zur Zahlung verpflichtet und durch die Schicksale des Wechsels während der Umlaufzeit rechtlich nicht berührt wird, und ferner gegen die vor dem Zeitpunkte der Valutahingabe in den Wechselverband eingetretenen Personen. Ihnen allen ist gegenüber dem Inhaber der Einwand der fehlenden Consideration genommen, mag es auch notorisch sein, daß er Inhaber ohne Entgelt ist.

Als Kern, als Grundgedanke läßt sich aus den Vorschriften der sections 27, 2 und 30, 1 folgender Satz entnehmen: „Der Mangel der Consideration kann nur solchen Nachmännern gegenüber eingewandt werden, die mit der in Anspruch genommenen Partei durch eine fortlaufende Kette von Begebungen ohne Consideration verbunden sind. Der Nachweis des Mangels der Consideration liegt den Beklagten ob." Die Führung dieses Beweises dürfte dem Beklagten in 99 von 100 Fällen schwer fallen, wenn nicht unmöglich sein, so daß man sagen kann, praktisch ist dem Beklagten der Einwand des Mangels der Consideration abgeschnitten. Theoretisch aber genügt im englischen Wechselrecht die Indossierung bezw. Begebung an und für sich nicht, um dem Wechselschuldner den aus dem zu

Grunde liegenden Rechtsgeschäfte herrührenden Einwand des Mangels der Consideration zu benehmen. Es muß vielmehr eine Indossierung bezw. Begebung gegen Entgelt stattgefunden haben, damit dieser Zweck erreicht wird. Nur der tatsächliche oder präsumierte holder for value ist gegen diesen Einwand geschützt. Der Inhaber ist auch nur ein relativer holder for value. Denjenigen Vormännern gegenüber, welche nach dem Zeitpunkt der letzten Valutahingabe in den Wechselverband eingetreten sind, versagt der Schutz der Präsumtion. Der Grund für diese Abweichung von den Vorschriften unseres Wechselrechts [51]) ist in dem schon mehrfach betonten Grundsatz des englischen Obligationenrechts zu suchen, daß nur ein Rechtsgeschäft, in dem sich die Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen, einen klagbaren Anspruch auf Erfüllung hervorbringt. In der Praxis dürfte der Einwand des Mangels der Consideration allerdings nicht von Bedeutung sein. Ganz abgesehen davon, daß die Mehrzahl der Begebungen gegen Entgelt erfolgt, ist die Möglichkeit der Sicherung gegen den genannten Einwand sehr erleichtert durch die Rechtsregel, daß die Gegenleistung kein tatsächliches Aequivalent der Leistung zu sein braucht. Es kann sich also der Inhaber eines Wechsels, der denselben de facto unentgeltlich erworben hat, durch eine Gegenleistung von geringem wirtschaftlichen Werte die bevorzugte rechtliche Stellung eines holder for value sichern.

Bis jetzt ist stets die Rede gewesen vom Einwande des Mangels der Consideration, des want of value, of consideration. Unter diese Rubrik sind zwei Fälle zu zählen, nämlich erstens der des absence of consideration, d. h. es ist von vornherein keine Gegenleistung für die Ausstellung, Annahme u. s. w. des Wechsels erfolgt oder beabsichtigt, und zweitens der des failure of consideration, d. h. die für die Ausstellung u. s. w. des Wechsels versprochene Leistung ist unmöglich geworden oder aus irgend einem Grunde nicht erfolgt.

---

[51]) W.O. Art. 82.

Zur Erläuterung mögen die folgenden beiden Entscheidungen dienen:

R. R. 29, 292 ff. Holliday v. Atkinson.

Where a promissory note, expressed to be for value received, was made in favour of an infant aged nine years and in an action upon the note by the payee against the executors of the maker, no evidence of consideration being given, the learned judge told the jury that the note, being for value received, imported that a good consideration existed, and that gratitude to the infants father or affection to the child would suffice.

„Held that although the jury might have presumed that a good consideration was given, yet that those pointed out where insufficient."

Diese Entscheidung ist insofern besonders interessant, als sich in ihr der Grundsatz ausgesprochen findet, daß Dankbarkeit, Zuneigung und dergleichen keine genügende Consideration sind.

Während der Einwand des absence of consideration in den Aufzeichnungen der für die Rechtsprechung wichtigen Präjudizien aus den oben ausgeführten Gründen kaum zu finden ist, ist der Einwand des failure of consideration minder selten.

R. R. 52 p. 614, Wells v. Hopkins.

It is a total failure of consideration, if there be a bargain for a certain kind of goods to be delivered in a reasonable time, and no such goods are delivered within a reasonable time.

Die Nichtausführung der versprochenen Leistung, die den Entgelt für den Wechsel bilden sollte, stellt sich also als total failure of consideration dar. Gleichfalls um total failure of consideration handelt es sich in folgender Entscheidung:

R. R. 39 p. 830, Jolly v. Hinde.

In an action on a promissory note payable on de-

mand and expressed for value received, brought by the executors of B., the defendants adduced evidence tho shew that B., being very ill, made his will, and stated that he had left A 100 £ for his trouble in acting as his executor; that three days after A. said to B., that as he was to have 100 £ for acting as his executor, it would save the legacy duty, if B. would then signe a promissory note for the amount which B. accordingly did. B. recovered and A. died in the lifetime of B.

„Held that the evidence was admissible as shewing a total failure of consideration, and that the executors of A. were not entitled to recover on the note.“

In vorstehendem Falle bestand die Consideration für die Ausstellung des eigenen Wechsels durch B. in dem Versprechen des A., sich der Mühe unterziehen zu wollen, B.s Testamentsvollstrecker zu sein. Da aber A. vor B. starb, so wurde die Erfüllung des Versprechens unmöglich und die Consideration entfiel. Neben total failure gibt es auch noch „partial“ failure of consideration. Dieser liegt dann vor, wenn derselbe Wechsel für zwei (oder mehrere) aus verschiedenen Schuldgründen derselben Person obliegende Leistungen hingegeben wurde, z. B. für einen geschuldeten Kaufpreis und eine Darlehnsschuld. Fällt dann etwa die Consideration für die Kaufschuld fort, wie oben in Wells v. Hopkins, so spricht man von partial failure of consideration.

Von dem Einwand des Mangels der Consideration wohl zu unterscheiden ist der Einwand der Gesetzwidrigkeit (illegality) der Consideration. Als Beispiel mögen folgende Fälle dienen:

R. R. 69 p. 514 ff. Fivaz v. Nichols.

A declaration in case stated that B. (the defendant) had charged C. with an embezzlement; that is was agreed between B and A., that B. should abstain from prosecuting C., and that in consideration thereof, C

should draw and A. should accept a bill of exchange and that C. should indorse the same to the defendant. The declaration then went on to aver, that a bill was drawn accepted and endorsed to B. pursuant to this corrupt and illegal agreement, that B. well knowing the illegal nature of the transaction, and that A. was not liable at law to pay the amount of the bill (!), and that there was no reasonable or probable cause for suing him thereon, conspired with D., a pauper, that the bill should be indorsed to D. and that D. should sue A. upon the bill for the sole benefit of B., and that an action was accordingly brought by D. against A. in which A. obtained a verdict on the ground of the illegality of the consideration for the acceptance . . .

R. R. 12 p. 641, Scott v. Gillmore.

A bill of exchange, part of the consideration for which is spirituous liquor sold in less quantities than of 20 s. value, is totally (!) void, though part of the consideration was money lent[52]).

Diese — aus dem Jahre 1810 stammende — Entscheidung ist interessant, weil sie einen Grundsatz ausspricht, der

---

[52]) Von mehr geschichtlichem als rechtswissenschaftlichem Interesse sind R. R. 19 p. 686, Duhammel v. Pickering, R. R. 18 p. 585, Willison v. Patteson und R. R. 16 p. 610, Antoine v. Morshead. Hier beruht die illegality auf einem gesetzlichen Verbot des Wechselverkehrs zwischen England und Frankreich, ausgesprochen in stat. 34 Geo. 3 c. 9 c. 2: If any person residing or being in Great Britain, shall after the first day of march, 1794, knowingly and wilfully in any manner, pay or satisfay any bill of exchange, note, draught, obligation or order for money in part or in the whole, which since the 1st of january 1794, has been or at any time during the said war, shall be drawn or accepted, or indorsed, or in any manner negotiated, or in any manner sent from any part of the dominions of France; every person so offending shall forfeit double the value and the payment shall not be effectual against any person who might otherwise have demanded the same. But that the demands of all persons shall remain notwithstanding such payment, and notwithstanding such bill shall have been delivered up.

noch heute in Gültigkeit ist, obwohl er nicht in das Gesetz aufgenommen wurde. Nämlich den, daß eine teilweise Gesetzwidrigkeit der Consideration den ganzen Wechsel nichtig macht[53]). Es unterscheidet sich nämlich in dieser Hinsicht der Einwand der illegality of consideration von dem des failure of consideration, bei welchem, wie wir gesehen haben, partial failure nicht den ganzen Wechsel in Mitleidenschaft zieht. Der Grund für diese strengere Behandlung der illegality ist darin zu sehen, daß das Recht den Gesetzübertreter bestrafen und ihm den Gebrauch des Wechsels zur Sicherung seines unmoralischen, verbrecherischen Lohnes verleiden will.

Von weit größerer Bedeutung als diese das Vertragsverhältnis seinem ganzen Umfange nach vernichtende Wirkung der illegality ist die Tatsache, daß der Einwand der illegal consideration eine weitergehende Wirkung besitzt, als der des Mangels der Consideration. Während nämlich letzterer dem holder for value gegenüber versagt, genügt ersterem gegenüber die Tatsache der Leistung eines Entgeltes für den Erwerb des Wechsels nicht zur Abwehr. Dieser Einwand ist stärker, er richtet sich auch gegen den holder for value, es sei denn, daß dieser nicht nur Inhaber gegen Entgelt, sondern auch legitimierter Inhaber, holder in due course ist.

Der Ausdruck holder in due course ist eine Neuerung der B.E.A. Vor ihr gebrauchte man die zwar längere, aber verständlichere Bezeichnung „bona fide holder for value without notice". Die hierin enthaltenen Erfordernisse finden wir wieder in B.E.A. sect. 29, 1, worin der Begriff des holder in due course definiert ist:

> „sect. 29, 1: A holder in due course is a holder who has taken a bill, complete and regular on the face of it, under the following conditions,

---

[53]) Chalmers p. 101, Rule 6: Illegality of consideration, total or partial is a defence against an immediate party, but not against a holder in due course. (Illegal = wholly or in part immoral, contrary to public policy or forbidden by statute.)

a) that he became the holder of it before it was overdue and without notice that it had been previously dishonoured, if such was the fact;

b) that he took the bill in good faith and for value, and that at the time the bill was negotiated to him he had no notice of any defect in the title of the person who negotiated it."

„Ein legitimierter Inhaber ist ein Inhaber, der einen vollständigen und äußerlich regelrechten Wechsel unter folgenden Voraussetzungen erlangt hat, nämlich

a) daß er Inhaber desselben vor Verfall und ohne Kenntnis einer etwaigen Dishonorierung geworden ist,

b) daß er den Wechsel in gutem Glauben und gegen Entgelt erworben hat, und daß er zur Zeit der Begebung des Wechsels an ihn keine Kenntnis von einem Mangel im Rechte seines Vormannes hatte."

Ein Inhaber kann sich also der rechtlich-privilegierten Stellung im allgemeinen nur erfreuen, wenn folgenden Anforderungen Genüge getan ist:

a) Erfordernisse des Wechsels:

1. Er muß vollständig sein, d. h. er muß die vorgeschriebenen (sect. 3 ff.) Erfordernisse enthalten. Daß sich die B.E.A. in dieser Beziehung mit Wenigem begnügt, ist bereits in § 3 näher ausgeführt.

2. Er muß äußerlich regelrecht sein; er darf also keine Fälschungen oder Aenderungen enthalten, die dem Erwerber ohne Mühe erkennbar sind.

b) Erfordernisse der Begebung:

1. Sie muß gegen gültigen Entgelt stattgefunden haben. Die Consideration muß nicht nur überhaupt vorhanden, sondern in jeder Beziehung einwandfrei sein.

2. Sie muß vor Verfall des Wechsels erfolgt sein.

c) Der Begebende muß den Wechsel auf rechtmäßige Weise erworben haben.

d) Der Erwerber:

1. Darf keine Kenntnis von einer vorhergehenden Dishonorierung haben.

2. Muß den Wechsel in gutem Glauben erworben haben, d. h. ohne irgendwelche, wenn auch unbestimmte Kenntnis bezw. einen Verdacht davon, daß der Wechsel Gegenstand einer unerlaubten Handlung gewesen ist.

Demjenigen Inhaber, welcher tatsächlich einen Wechsel unter allen diesen Voraussetzungen erworben hat, dem legitimierten Inhaber par excellence stellt das Gesetz, in ähnlicher Weise wie beim holder for value, seine Nachmänner unter bestimmten Voraussetzungen gleich.

B.E.A. sect. 29, 3:

„A holder (wether for value or not) who derives his title to a bill through a holder in due course and who is not himself a party to any fraud or illegality affecting it, has all the rights of that holder in due course as regards the acceptor and all parties prior to that holder."

„Ein Inhaber (sei es gegen Entgelt oder nicht), welcher der Nachmann eines legitimierten Inhabers ist und welcher nicht selbst an einem den Wechsel betreffenden Betruge oder einer Ungesetzlichkeit beteiligt ist, hat alle Rechte dieses legitimierten Inhabers gegenüber dessen Vormännern und dem Akzeptanten."

Jeder Inhaber, welcher unter seinen Vormännern einen legitimierten Inhaber zählt, hat also zum mindesten die rechtliche Stellung dieses Vormanns, es sei denn, daß er selbst an einer unerlaubten Handlung, deren Gegenstand der Wechsel war, teilgenommen hat. Der legitimierte Vormann schützt ihn gegen jeden Einwand aus sect. 29, 1 gegenüber dessen Vormännern. Dagegen können ihm von den Nachmännern dieses legitimierten Inhabers, selbst wenn sie seine (des Wechselgläubigers) mittelbaren Vormänner sind, Einwände mannigfacher Art aus dem der Begebung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft und aus dem Wechsel selbst entgegengehalten werden.

Von diesen Einwänden erfährt aber der des Mangels der Consideration eine besondere Behandlung, indem er bereits nach den weiter oben ausgeführten Grundsätzen durch das Dazwischentreten eines — tatsächlichen oder präsumierten — Inhabers gegen Entgelt abgeschnitten wird. Der Einwand der illegality of consideration, der uns hier allein interessiert, dagegen ist stärker, das Dazwischentreten eines bloßen holders for value hemmt ihn nicht. Mag ein solcher auch Vormann des Regreßnehmers gewesen sein, der Einwand der illegality of consideration geht über ihn hinaus gegen seine Nachmänner, es sei denn, daß dieser holder for value auch holder in due course war, wodurch zu Gunsten seiner Nachmänner die praesumtio iuris et de iure der sect. 29, 3 gegen seine Vormänner in Kraft tritt.

Zur Veranschaulichung des Unterschiedes in der Wirkung des Einwandes des want of consideration und desjenigen des failure of consideration möge folgendes Beispiel dienen:

I. Wechselbeteiligte: A (Aussteller), A_1 (Akzeptant), B (Remittent), C und D (Indossanten). Letzterer ist legitimierter Inhaber und nimmt Regreß mangels Annahme[54]) an B. Dann hat B gegen D nur solche Einwände, welche sich aus dem Wechselrechte ergeben, wie z. B. mangelhafte Notifikation, verspätete Präsentation.

II. Wechselbeteiligte: A, A_1, B, C, D (wie bei I.). Letzterer war holder for value. Der Wechsel ist über E, der ihn von D geschenkt erhielt und an F für eine Spielschuld weitergab, und G, der den Wechsel zwar gegen Entgelt,

---

[54]) B. E. A. sect. 43, 2: Subject to the provisions of this act, when a bill is dishonoured by non acceptance, an immediate right of recourse against the drawer and indorsers accrues to the holder, and no presentment for payment is necessary.

Wird vorbehaltlich der Vorschriften dieses Gesetzes ein Wechsel durch Nichtannahme dishonoriert, so hat der Inhaber den sofortigen Regreß gegen den Aussteller und die Indossanten. Präsentation zur Zahlung ist nicht erforderlich.

aber in Kenntnis des mangelhaften Titels seines Vormanns F erwarb, an H gelangt, welcher ihn von G geschenkt erhielt und beim Erwerb die Dishonorierung durch Nichtannahme kannte.

Dann hat H dieselbe rechtliche Stellung wie D gegenüber dessen Vormännern, wenn er Regreß mangels Zahlung nimmt (sect. 29, 3).

D hätte gegen H den Einwand der mangelnden Consideration, speziell des total absence of consideration (Schenkung an E), wenn nicht zwischen D und H G stände, welcher Inhaber gegen Entgelt ist (sect. 27, 2).

E hat gegen H den Einwand des ungesetzlichen Entgeltes (Spielschuld!), da letzterer nicht legitimierter Inhaber ist. Daß H keine Valuta gab für den Wechsel, dieser Mangel wird zwar durch die Valutahingabe des G geheilt, welche nach sect. 27, 2 für H gegen E wirkt. Die Kenntnis der Dishonorierung dagegen wird dadurch nicht beseitigt und hindert H daran, legitimierter Inhaber zu werden (sect. 29, 1a).

F hat gegen H keinen Einwand, da der Mangel der Consideration in der Begebung G—H (Schenkung!) durch die Präsumtion, welche durch die Valutahingabe seitens des G nach sect. 27, 2 begründet wird, geheilt ist.

G hat gegen H den Einwand des Mangels der Consideration, weil er ihm den Wechsel geschenkt hat. Im Verhältnis zu G ist H weder Inhaber gegen Entgelt, noch legitimierter Inhaber. Er hat überhaupt keinen klagbaren Anspruch gegen G aus dem Wechsel.

Die Erhebung von Einwänden seitens des in Anspruch genommenen Wechselschuldners wird aber wesentlich erschwert, und die Stellung des Inhabers verbessert durch die Vorschrift der sect. 30, 2:

> „Every holder of a bill is primâ facie deemed, to be a holder in due course, but if in an action on a bill it is admitted or proved that the acceptance, issue or subsequent negotiation of the bill is affected with

fraud, duress, or force and fear, or illegality, the burden of proof is shifted, unless and untill the holder proves that subsequent to the alleged fraud or illegality, value has in good faith been given for the bill."

„Jeder Inhaber eines Wechsels gilt bis zum Gegenbeweise als legitimierter Inhaber. Ist jedoch bei einer Klage aus einem Wechsel zugegeben oder bewiesen, daß die Annahme, die erste oder eine weitere Begebung des Wechsels mit Betrug, Zwang oder Drohung oder irgend einer Ungesetzlichkeit verbunden ist, so kehrt sich die Beweislast um, bis der Inhaber beweist, daß nach dem behaupteten Betruge oder der Ungesetzlichkeit Engelt im guten Glauben für den Wechsel gegeben wurde."

Der Inhaber eines Wechsels, der genötigt ist, diesen einzuklagen, hat also nicht nötig, die Erfordernisse des sect. 29, 1 nachzuweisen. Diese Schwierigkeit erspart ihm die Präsumtion des sect. 30, 2. Er ist durch das Recht am Papier oder vielmehr durch den Besitz als ordnungsmäßiger Indossatar bezw. Inhaber genügend aktiv legitimiert. Eine Beweislast erwächst ihm erst, wenn der Wechselschuldner behauptet und mangels Zugeständnisses beweist, daß die Annahme u. s. w. . . . Doch selbst dann noch kann sich der Kläger der lästigen Pflicht entziehen, die Erfordernisse des sect. 29, 1 als in seiner Person und seinem Erwerb erfüllt nachzuweisen, indem er seinerseits beweist, daß nach dem behaupteten Betrug u. s. w. Entgelt in gutem Glauben für den Wechsel gegeben ist. Dadurch hat er seine Stellung als präsumierter legitimierter Inhaber zurückgewonnen. Aehnlich wie ein holder for value seine Nachmänner gegen den Einwand des wont of consideration schützt, deckt ein holder in due course einen Inhaber, welcher sich nicht nachweislich an unsauberen Manipulationen bezüglich des Wechsels beteiligt hat, gegen jeden Einwand und überhebt ihn der Notwendigkeit, seine einwandfreie Legitimation nachzuweisen.

Als Endergebnis dieses Systems von Präsumtionen ist sect. 38, 2 zu betrachten:

> „The rights and powers of the holder (!) of a bill are as follows:
>
> 2. Were he is a holder in due course he holds the bill free from any defect of title of prior parties, as well as from mere personal defences available to prior parties among themselves, and may enforce payment against all parties liable on the bill."
>
> „Die Rechte und Befugnisse des Wechselinhabers sind folgende:
>
> 2. Wenn er ein legitimierter Inhaber ist, so besitzt er den Wechsel frei von irgend einem Mangel im Recht zum Besitze eines Vormannes, wie auch von allen rein persönlichen Einreden, welche seinen Vormännern untereinander zustehen. Auch kann er Zahlung gegenüber allen Wechselverpflichteten erzwingen."

Schluß.

§ 8.

Wenn man obiges Ergebnis mit dem in Art. 82 unserer Wechselordnung ausgesprochenen Grundsatz vergleicht, so sieht man, daß beide zwar nicht im Prinzip, wohl aber in ihrer Wirkung fast vollkommen übereinstimmen. Ein anderes Resultat wäre ja auch nicht denkbar, wenn nicht das englische Wechselrecht aufhören wollte Wechselrecht zu sein. Liegt doch gerade in der einwandvernichtenden Wirkung der Begebung das Hauptgewicht und die Kraft des Wechselinstituts. Aber zu diesem Ergebnis, welches die Praxis als logisch notwendig geschaffen, gelangen die beiden Wechselrechte auf ganz verschiedenen Wegen. Während unser Wechselrecht auf der Abstraktheit des Wechsels und der Kreationstheorie beruht, woraus sich die Normen für das Verhältnis zwischen Wechsel-

schuldner und Gläubiger, sei letzterer nun mittelbarer oder unmittelbarer Nachmann, mit logischer Konsequenz und Klarheit ergeben, basiert das moderne englische Wechselrecht auf der prinzipiellen Gleichstellung des Wechselvertrages mit dem simple contract. Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit der Anwendung der Lehre von der Consideration, und damit eine Gattung von Einwänden, die man nicht als rein persönlich bezeichnen kann, da sie ja grundsätzlich auch gegen die mittelbaren Nachmänner gebraucht werden können. Diese Theorie, so logisch vom Standpunkte des Common law, aber so unbrauchbar vom Standpunkte des Wechselrechts, bedurfte daher der Einschränkung. Auf welche Weise diese erfolgt ist, haben wir gesehen, und auch in welch weitgehendem Maße. So weitgehend, daß man getrost sagen kann, daß die Einschränkungen das Prinzip ausgeschaltet haben.

Daß das gesetzgeberische Ergebnis befriedigend ausgefallen sei, wird kaum jemand behaupten wollen. Anderseits wäre es aber nur zu umgehen gewesen, wenn man überhaupt darauf verzichtet hätte, das Wechselrecht dem gemeinen englischen Recht einzugliedern. Da man dies nicht tun wollte, es wohl aus gesetzgeberischen Gründen allgemeiner Natur nicht konnte, mußte man von vornherein darauf verzichten, das Wechselrecht als ein in sich abgeschlossenes, sich außerhalb des Komplexes des Privatrechtes systematisch aufbauendes Rechtsinstitut darzustellen. Die Uebertragung der germanischen, zum Teil spezifisch englischen Rechtsgedanken auf das Rechtsinstitut des Wechsels, das auf der Fortbildung römischer Rechtsgedanken beruht, mußte zu einem Kompromisse mit allen Nachteilen eines solchen führen. Als besonders deutliches Beispiel dieser Nachteile haben wir den in vorstehendem erläuterten Abschnitt der B.E.A. kennen gelernt, in welchem der Zwiespalt zwischen den Rechtsgedanken verschiedener Herkunft zu Tage tritt. Die mit einem künstlichen System von Präsumtionen und Fiktionen dem Wechselrechte aufgepfropfte Lehre von der Consideration bietet den Beweis

für die Unmöglichkeit der gewollten Verbindung von Rechtsgedanken, die ihrer nationalen und zeitlichen Herkunft nach heterogener Natur sind. Nicht auf dem Wege gewaltsamer Verbindung, sondern nur auf dem einer langen historischen Entwicklung, eines gegenseitigen Abschleifens ist eine innige Vereinigung derartiger Ideen zu einem Ganzen möglich.

V.

Duschans Gesetz[1]).

Von

Lazar Markowitsch,

Referendar aus Belgrad.

Das Gesetzbuch — sakonik — des serbischen Zaren Stephan Duschan ist nicht rein serbischen Ursprungs. Es ist unter dem Einflusse der römisch-griechischen Kultur auf die Entwickelung Serbiens entstanden und kann ohne Berücksichtigung dieses Einflusses nicht richtig verstanden und beurteilt werden.

Die Einwirkung der byzantinischen Kultur auf die Verhältnisse in Serbien zeigt sich zunächst in der Aufnahme des Christentums, das im serbischen Staate erst durch Vermittlung der griechischen Kirche und ihrer Befehlshaber allmählich sich verbreitete. Die unmittelbare Folge der Bekehrung des serbischen Volkes war die Uebersetzung und die Aufnahme des griechischen Kirchenrechtes, das für die Kirche und ihre Organisation in Serbien unentbehrlich war. Hier liegen die Keime des dem jungen serbischen Staate bis dahin unbekannten geschriebenen Rechtes. Denn, wie bei den anderen Völkern, so auch bei den serbischen Stämmen in ersten Stadien ihres Zusammenlebens, richtete sich der wenig entwickelte Verkehr

---

[1]) [Im folgenden Hefte wird eine Darstellung des Grundeigentumsrechts nach Duschans Gesetz von demselben Verfasser erscheinen. Kohler.]

einzig und ausschließlich nach dem Gewohnheitsrechte. Dieser Zustand dauerte bis zur Aufnahme des Christentums. Die endgültige Aufnahme der christlichen Lehre ist im Laufe des 12. und im Beginn des 13. Jahrhunderts erfolgt, namentlich zu der Zeit, als aus zersplitterten serbischen Stämmen ein einheitlicher, von der Byzanz unabhängiger serbischer Staat unter Stephan Nemanja, dem Begründer der Dynastie Nemanjitsch, die bis zum Untergange des serbischen Staates im 15. Jahrhundert herrschte, sich gebildet hat.

Der Mann, der zur Befestigung des Christentums in Serbien am meisten beigetragen hat, war der Sohn des Nemanja, Sawa, den der griechische Patriarch, wegen seiner Verdienste um die Verbreitung des Christentums in Serbien, zum ersten serbischen Erzbischof ernannte. Der vom serbischen Volke als Heiliger gefeierte Sawa hatte die Organisation der Kirche in Serbien durchgeführt. Er hatte auch dafür gesorgt, daß die wichtigsten Kirchengesetze aus dem Griechischen ins Serbische übersetzt werden. Als Beispiel kann der griechische Nomokanon erwähnt werden, eine Gesetzessammlung, die auch unter dem Namen epitome canonum bekannt ist. Nach der erfolgten Uebersetzung dieses Gesetzbuches samt dessen Erläuterungen von Alexius Aristinus und Joannes Zonaras[2]) hatte Sawa angeordnet, daß alle Verhältnisse der Kirche und ihrer Organe nach diesem Gesetzbuche geregelt werden sollen. Dieser Kodex enthält außerdem einzelne Auszüge aus Justinians Novellen, die zivilrechtlicher Natur sind und die den serbischen Richtern in streitigen Fällen als Vorbild dienten.

Es ist nötig hervorzuheben, daß alle griechischen Kirchengesetze mit der erfolgten Uebersetzung von selbst in Kraft traten. Man betrachtete sie als Bestandteil der Religion, und da die Religion von den Griechen aufgenommen wurde, so

---

[2]) Zachariä von Lingenthal, Die Geschichte des griechisch-römischen Rechtes, S. 34, 37.

wurden auch die Regeln, die sich auf die Organisation der Kirche bezogen, ohne weiteres aus dem griechischen Kirchenrechte übernommen. Wir wollen noch bemerken, daß man in Serbien dem Entwickelungsgange des griechischen Kirchenrechtes auch fortan folgte, so daß alle wichtigeren neuen Gesetze und Gesetzbücher, wie auch ihre Kommentare, übersetzt und als für die Kirche und ihre Verhältnisse maßgebendes Recht ebenso ohne weiteres angewendet wurden. So hat auch Zar Duschan die Uebersetzung eines neuen Handbuches des Kirchenrechtes, welches Matthäus Blastares im Jahre 1335 unter dem Titel Syntagma verfaßte [3]), anbefohlen und dieses Handbuch war für die Organe der serbischen Kirche bindend, obwohl es nicht in der Form eines serbischen Gesetzes erlassen wurde.

Mit der Annahme und Verbreitung der Schrift, wofür man wieder der griechisch-römischen Kultur zu danken hat, wurde den serbischen Königen die Möglichkeit geboten, nach dem Vorbilde der griechischen Kaiser ein eigenes, ihrem Herrscherwillen entsprechendes, geschriebenes Recht zu schaffen. Das ius edicendi der griechischen Kaiser nahmen die serbischen Monarchen für sich auch in Anspruch und machten von diesem Rechte vielfach Gebrauch. Es läßt sich auf Grund vorhandener Quellen nachweisen, daß die Könige durch ihre Verfügungen und Verordnungen verschiedene Privilegien einzelnen Kirchen oder Klöstern erteilten, oder für gewisse Verhältnisse meistens öffentlich-rechtlicher Natur gesetzliche Normen aufstellten. Diese Normen betrafen die Verhältnisse, die infolge der Befestigung des Staates und Unterwerfung der Einzelnen unter die Staatsgewalt, d. h. Herrschergewalt, einer festen rechtlichen Regelung bedurften. Das waren die Verhältnisse, die in keinem Zusammenhange mit der Religion und Kirche standen. Das neue Recht war also durchaus weltliches Recht. Es kann mit Sicherheit behauptet werden, daß diese

---

[3]) Zachariä von Lingenthal, op. cit. S. 43.

gesetzgeberische Tätigkeit der serbischen Herrscher nach dem Vorbilde der griechischen Kaiser, wie es schon oben erwähnt wurde, sich gestaltete. Als Beweis dafür kann an erster Stelle das Gesetz selbst des Duschan angeführt werden. Das mächtige Aufblühen des serbischen Staates unter diesem Könige, der in kurzer Zeit seiner Regierung die Grenzen seines Staates sehr erweiterte und sich 1345 in Skoplje (Ueskúb) zum serbischen, griechischen und bulgarischen Kaiser krönen ließ, hat auch das Entstehen des Gesetzbuches veranlaßt. Der Kaiser hegte gewiß den Wunsch, auch auf dem gesetzgeberischen Gebiete etwas Großes zu leisten. Diesem Wunsche entsprechend erließ er ein neues, mit seinem Namen betiteltes Gesetzbuch, dessen Bestimmungen den Gegenstand unseres Aufsatzes bilden werden. Damit will man aber nicht sagen, daß dieser Wunsch der einzige Grund war, der den Kaiser bestimmte, ein Gesetzbuch zu erlassen. Die Bedürfnisse des praktischen Lebens spielten dabei auch eine große Rolle. Der Inhalt vieler Bestimmungen des Gesetzbuches zeigt sehr deutlich, wie das Bestreben des Gesetzgebers war, durch gesetzliche Bestimmungen gewisse Mißstände in Lebensbeziehungen seiner Untertanen zu beseitigen. Mit Obigem wollte man nur sagen, daß die byzantinische Gesetzgebung dem Duschan vorbildlich war. Er hat namentlich beim Erlassen des Gesetzbuches ebenso verfahren wie die griechischen Kaiser. Es lag nicht in seiner Absicht, ein gänzlich neues Recht zu schaffen. Er wollte vielmehr nur die Kodifikation des bestehenden Rechtes bewirken, eine Kodifikation aber, die in sich auch viel Neues aufnehmen sollte. Es ist deshalb auch nicht richtig, diese Arbeit als reine Kodifikationsarbeit zu betrachten, da im sakonik sowohl viele Regeln des Gewohnheitsrechtes zum gesetzlichen Rechte erhoben, als auch neue, den damaligen Verhältnissen entsprechende Sätze aufgestellt wurden.

Ueber die Art der Entstehung des Gesetzbuches sind keine näheren Angaben vorhanden. Soweit steht es fest, daß an seinem Erlassen zwei Faktoren mitgewirkt haben: der Kaiser

Duschan und der sabor, d. h. die Volksvertretung. Die Frage über das gegenseitige Verhältnis dieser zwei Faktoren, wie auch über ihre Befugnisse, muß hier dahingestellt werden. Sie gehört in das öffentliche Recht und kann nicht an dieser Stelle eingehend erörtert werden. Zwei Punkte müssen jedoch berührt werden. Erstens bezüglich der Zusammenstellung des sabor ist es zu bemerken, daß er keineswegs die Volksvertretung im heutigen Sinne des Wortes war. Er war vielmehr die Vertretung von zwei mächtigsten Ständen des serbischen Staates, namentlich des Adels und des Klerus. Die Mitglieder des sabor waren nur Mitglieder de droit, die auf Grund ihrer sozialen Stellung lebenslänglich am sabor teilnahmen. In der Ueberschrift des Gesetzbuches heißt es ausdrücklich, daß nur die Edelleute und die Geistlichen in die Versammlung berufen wurden, um mit dem Kaiser an der Ausarbeitung der Gesetze zusammenzuwirken. Mit der Ausschließung der gewöhnlichen Bürger von der Beteiligung an öffentlichen Sachen ging das Gesetzbuch noch einen Schritt weiter: es verbot ihnen nicht nur den Zutritt in den sabor, sondern erklärte ausdrücklich im Art. 69 jede Versammlung der Bürger für unzulässig und ahndete die Uebertretung dieses Verbotes mit schwerer Körperstrafe.

An zweiter Stelle ist auf Grund der Bestimmungen der Art. 8 und 83 festzustellen, daß der sabor eine ständige Institution war, die zu bestimmter Zeit — Sessionszeit — einberufen wurde, um über die vorgelegten Anträge zu entscheiden. Diese Tatsache, verbunden mit dem Umstande, daß in der Ueberschrift des Gesetzbuches gesagt wird, das Gesetzbuch sei unter Mitwirkung des sabor zu stande gekommen, führt zu dem Schlusse, daß der sabor nicht nur die beratende, sondern auch die beschließende Stimme hatte. In diesem Sinne spricht sich auch Art. 142 aus, in welchem die Funktion des sabor beim Erlassen von Gesetzen erwähnt wird. Außerdem befinden sich im Gesetzbuche einige Bestimmungen, deren Sinn nur so richtig verstanden werden kann, wenn man voraussetzt,

daß dieselben erst auf Verlangen einzelner Mitglieder des sabor nachträglich, d. h. während der Verhandlung im sabor, hinzugefügt worden sind. Das sind nämlich die Bestimmungen, in denen sich die Bestrebungen des Adels und der Geistlichen nach der Erhaltung ihrer präponderanten Stellung im Staate widerspiegeln. Diese Voraussetzung ist aber nur berechtigt, wenn man annimmt, wie wir es annehmen, daß der Kaiser den Wünschen des sabor Rechnung tragen mußte.

Immerhin ist diese Frage nicht ganz klar, da im zweiten Teile des Gesetzbuches einzelne Bestimmungen sich befinden, in denen am Ende des Textes gesagt wird, daß sie lediglich durch kaiserliche Verfügung die gesetzliche Kraft erlangt haben, ohne daß vorher die Zustimmung des sabor erforderlich wäre.

Ueber die Struktur des Gesetzbuches ist Folgendes hervorzuheben: Das Gesetzbuch hat 201 Artikel und ist eigentlich aus zwei Teilen zusammengesetzt, die sich durch die Zeit ihres Entstehens unterscheiden. Der erste Teil zählt 134 Artikel und ist am 21. Mai 1346 a. St. festgelegt und zum Gesetz proklamiert. Der zweite Teil enthält 67 Artikel, die die fortlaufenden Nummern von 135 bis 201 tragen. Er ist acht Jahre später (1354) erlassen und gilt als Ergänzung und teilweise Aenderung des ersten Teiles. Inhaltlich betrachtet weisen seine Bestimmungen diesen Ergänzungscharakter auf, obgleich das für nicht alle Artikel des zweiten Teiles behauptet werden könne.

Was die Einteilung des Materials und dessen Systematisierung im Gesetzbuche anbelangt, so kann darüber nur Weniges gesagt werden. Im sakonik besteht nämlich kein System. Die einzelnen Bestimmungen sind ohne Einhaltung irgend eines Prinzips angereiht worden, so daß das Gesetzbuch alle Rechtsgebiete berührt, ohne sich vorherrschend mit einem speziellen Rechte befassen zu wollen. Es kann deshalb als ein allgemeines, auf sämtliche Verhältnisse öffentlich-rechtlicher, wie auch privat-rechtlicher Natur, die damals nach der Ansicht des Gesetzgebers einer gesetzlichen Regelung bedurften, sich beziehendes Gesetzbuch bezeichnet werden. Die Regeln des

Verwaltungsrechtes, des Prozeßrechtes, des Strafrechtes, des Kirchenrechtes und des Privatrechtes sind in ihm durcheinandergemischt, was gewiß ein Beweis für die mit Rücksicht auf den jungen serbischen Staat nicht zu verwundernden mangelhaften juristisch-technischen Kenntnisse der Redaktoren ist. Eine Ausnahme bilden nur die Vorschriften, die sich auf die mit der Religion und der Kirche im Zusammenhang stehenden Verhältnisse beziehen. Das sind die ersten 38 Artikel, die, für sich allein betrachtet, ein geschlossenes Ganzes darstellen, weil sämtliche Artikel unmittelbar oder mittelbar die Kirche betreffen. Ihr Inhalt ist zugleich für den Standpunkt des Gesetzgebers bei der Angliederung einzelner Bestimmungen sehr bezeichnend. Im Art. 1 wird gesagt, daß an erster Stelle die Bestimmungen über die Kirche und ihre Organe zu treffen sind. Die Kirche war damals der einzige Kulturfaktor, so daß die Regelung ihrer Verhältnisse eine der wichtigsten Aufgaben des Staates war. Dementsprechend sind alle Regeln, die in irgend einem Zusammenhange mit der Kirche stehen, den ersten 38 Artikeln einverleibt worden. Vom Standpunkte des damaligen Gesetzgebers aus kann vielleicht solche Handlungsweise als systematisch bezeichnet werden. Wenn aber diese ersten 38 Bestimmungen nach den Prinzipien der modernen Rechtswissenschaft beurteilt werden, so ergibt es sich, daß dieses Ganze Regeln enthält, die verschiedenen Rechtsgebieten angehören. Infolgedessen wäre es nicht richtig zu sagen, daß im ersten Abschnitte lauter kirchenrechtliche Normen sich befinden. Die Art. 2, 3 und 9 z. B. regeln das Institut der Ehe, die in Serbien noch heutzutage ein religiöser Akt ist und ohne kirchliche Einsegnung nicht geschlossen werden kann (§ 60 des serbischen B.G.B.). Diese Bestimmungen gehören also dem Familienrechte, das mit dem Kirchenrechte nichts Gemeinsames hat. Die Art. 23, 26, 32 und 34 sind inhaltlich betrachtet Regeln des Sachenrechtes. Sie beziehen sich auf die Verhältnisse an Grund und Boden, falls dieser einer Kirche oder einem Geistlichen gehört. Art. 22 ist da-

gegen eine rein polizeirechtliche Vorschrift, die insofern mit der Kirche im Zusammenhange steht, als sie die Stellung der Arbeiter an den Kirchengütern behandelt. Das genügte den Redaktoren, um dieser Bestimmung den Platz im ersten Abschnitte des Gesetzbuches einzuräumen. Die übrigen Artikel gehören dem Kirchenrechte an. Wir müssen aber bemerken, daß diese Bestimmungen nur als ergänzendes Kirchenrecht anzusehen sind. Die Organisation der Kirche und alle ihre inneren Verhältnisse richteten sich grundsätzlich nach den Regeln der aus dem Griechischen übersetzten Handbücher des Kirchenrechtes [4]), so daß das Bedürfnis zu einem besonderen serbischen Kirchenrechte nicht vorlag.

Die weiteren 9 Artikel (39 bis 47) sind dem Rechte am Grund und Boden gewidmet, zwar nicht erschöpfend, da das Recht an den Grundstücken noch in manchen Vorschriften berührt wird, wie z. B. in den Art. 74 bis 83.

Mit dem Art. 48 wird die Ordnung im Gesetzbuche gestört. Die nachstehenden Artikel gliedern sich ganz willkürlich. Ihr Inhalt ist so verschieden, daß keine Zusammenstellung möglich ist. Die Vorschriften strafrechtlichen Charakters könnten noch als ziemlich zusammengestellt angesehen werden, da sie kleinere Gruppen von Artikeln bilden. So z. B. die Art. 94 bis 102, die einzelne Handlungen als strafbar bezeichnen und zugleich die Strafe aussprechen. Die Bestimmungen des Verwaltungsrechtes und des Prozeßrechtes sind dagegen im ganzen Gesetzbuche zerstreut.

Manche Autoren, wie z. B. der russische Gelehrte Zigelj [5]),

---

[4]) Das serbische B. G. B. von 1844, das heute in Serbien gilt, verweist im § 69 i) bezüglich der Verwandtschaft als Ehehindernis auf diese Kirchengesetze.

[5]) Angeführt bei C. Jireček, Das Gesetzbuch des serbischen Zaren Stephan Duschan, im Archiv für slavische Philologie, herausgegeben von V. Jagić (Berlin 1900, XX. Bd. S. 149). Vgl. noch zur Frage des Systems im Gesetzbuche Duschans einen sehr interessanten, mit unserer Ansicht aber nicht übereinstimmenden Aufsatz des Dr. Drag. Mijuschkowitsch, abgedruckt in der Serbischen Revue, Belgrad 1895.

sind der Meinung, daß im Gesetzbuche des Duschan doch ein gewisses, den griechischen Rechtsanschauungen entsprechendes System herrscht. Nach ihm besteht im Gesetzbuche folgende Ordnung: I. Kirchenrecht (Art. 1 bis 38); II. Weltliches Recht, eigentlich die Bestimmungen über den Adel, über die Bauern und Sklaven und ihre Rechtsverhältnisse (Art. 39 bis 73); III. Besitzverhältnisse (Art. 74 bis 83); IV. Strafrecht und gerichtliches Verfahren (Art. 84 bis 117); V. Oeffentliches Recht (Art. 118 bis 135). Diese Einteilung des Materials soll sich an das Muster griechischer Gesetze anlehnen. Die griechischen Basiliken beginnen zwar mit dem Kirchenrechte; die Ekloga und der Prochiron enden mit dem Kriegsrecht, ebenso wie das Gesetzbuch des Duschan. Von diesem Standpunkte aus mag Zigelj recht haben, obgleich seine Darlegung nicht ganz zutreffend ist.

Wenn man berücksichtigt, daß das Gesetzbuch auf alle Rechtsgebiete sich bezieht und dabei nur 201 Artikel enthält, so kann man sich denken, wie mangelhaft die einzelnen Materien im Gesetzbuche behandelt worden sind. Es läßt sich demnach sehr schwer nur auf Grund seiner Bestimmungen ein vollständiges Bild vom Rechtszustande im mittelalterlichen Serbien gewinnen. Damit will man durchaus nicht das Gesetzbuch unterschätzen und es mit modernen Gesetzbüchern vergleichen. Ein so gewonnenes Urteil wäre nicht richtig. Für die damalige Zeit, insbesondere für den jungen serbischen Staat, war und bleibt das Werk des Duschan bei allen seinen technischen Mängeln ein großes Kulturwerk. Zur solchen Behauptung führen uns folgende Erwägungen: Im Gesetzbuche wurden feierlich die Prinzipien des Rechtes als Grundlage des Zusammenlebens im serbischen Staate erklärt. In vielen Bestimmungen wird den Richtern angeordnet, in den Streitigkeiten nur nach den Bestimmungen des Gesetzbuches zu entscheiden. So werden im Art. 172 die Richter angewiesen, nur nach den Gesetzen zu richten, ohne Rücksicht auf mögliche, mit den Gesetzen im Widerspruch stehende Erlasse des

Kaisers. Im Art. 171 wird ausdrücklich gesagt, die Richter mögen keine Angst vor der Macht des Kaisers haben und frei ihres Amtes im Sinne des Gesetzes walten. Im Art. 43 wird der Grundsatz der Unverletzlichkeit der erworbenen Rechte aufgestellt. In diesen Bestimmungen wird ausgesprochen, daß weder der Kaiser selbst, noch der Kronprinz, noch ein anderes Mitglied der kaiserlichen Familie die Enteignungsbefugnis besitzt. Die Uebertragung der Rechte soll ausschließlich nach dem Willen der Berechtigten geschehen.

Eine hohe Garantie für den Schutz und die Freiheit der Bürger bildeten die Schwurgerichte, von denen die Art. 151 bis 154 sprechen. Diese Bestimmungen sind sehr ausführlich. Sie regeln die Zusammenstellung der drei Arten von Schwurgerichten, das große Schwurgericht mit 24, das kleine mit 12 und das kleinste mit 6 Mitgliedern, je nach der Größe und Wichtigkeit des Deliktes; weiter die Art der Verhandlungen und der Urteilsfällung. Die Richter sollten nach freier Ueberzeugung entscheiden. Bei der Verteilung der Stimmen entscheidet die Mehrheit. Es ist vielleicht von Interesse, hervorzuheben, daß im Art. 151 den Schwurgerichten ausdrücklich die Pflicht auferlegt wird, nur darüber ihren Spruch zu fällen, ob der Angeklagte schuldig oder unschuldig ist. Die Vergleiche waren also ausdrücklich vor den Schwurgerichten ausgeschlossen, ebenso die Freisprechung aus Mangel an Schuldbeweisen.

Es scheint uns angemessen, am Ende noch einige Worte über die Literatur des Gesetzbuches zu sagen. Sie ist nicht groß. Die meisten Werke behandeln das Gesetzbuch vom philologischen Standpunkte aus. Das ist erklärlich, da das Gesetz im Originale nicht aufgefunden worden war. Die türkische Herrschaft über Serbien, die 400 Jahre dauerte, hat fast alle Rechtsquellen vernichtet. Von dem Gesetzbuche sind nur die Abschriften aufbewahrt worden, die voneinander ziemlich abweichen. Es handelte sich deshalb in erster Linie darum, festzustellen, welches von den verschiedenen aufge-

fundenen Manuskripten das richtige war. Das ist jedenfalls die Vorbedingung jeder wissenschaftlichen Bearbeitung der Quellen. Diese Frage ist erst neulich auf Grund der Studien des russischen Professors in Kiev T. Florinski und des serbischen Gelehrten Stojan Nowakowitsch endgültig entschieden worden. Das Werk Florinskis ist unter dem Titel „Die Denkmäler der gesetzgeberischen Tätigkeit des serbo-griechischen Kaisers Duschan“ in russischer Sprache im Jahre 1888 erschienen. Das Werk des Nowakowitsch ist unter dem Titel „Das Gesetzbuch des serbischen Kaisers Duschan“ in Belgrad 1898 in serbischer Sprache erschienen. Sein Werk ist übrigens die beste Arbeit über das Gesetzbuch des Duschan, deren Ergebnisse wir auch sehr oft benützt haben. Nowakowitsch hat sehr ausführlich über verschiedene Manuskripte des Gesetzbuches berichtet [6]). Er hat außerdem viele Monographien aus dem alt-serbischen Rechte geschrieben und dabei manche Bestimmungen des Gesetzbuches des Duschan sehr eingehend erläutert. Leider behandelt Nowakowitsch die ganze Materie mehr vom philologischen und ethnologischen als vom juristischen Standpunkte aus. Außer diesen Werken sind noch zu erwähnen: O. Zigelj, Das Gesetzbuch des Stephan Duschan, Petersburg 1872 (in russischer Sprache) und Emile de Borchgrave, L'empereur Etienne Douchan, Bruxelles 1884.

Ein systematisches Werk über die Geschichte des altserbischen Rechtes auf Grund der Bestimmungen des Gesetzbuches des Duschan und anderer Quellen haben wir leider noch nicht. Auch ein guter Kommentar des Gesetzbuches des Duschan fehlt noch. Die Erläuterungen des Nowakowitsch, die er den einzelnen Artikeln beigefügt hat, sind sehr knapp und, wie schon erwähnt, behandeln den Stoff weniger vom juristischen als vom ethnologischen Standpunkte aus.

---

[6]) Eine kurze Uebersicht über die verschiedenen Ausgaben des Gesetzbuches gibt Jireček (op. cit. S. 144 bis 146).

VI.

Die Rechtsstellung der Vestalinnen und das Heiratsalter im altrömischen Recht.

Von

Dr. jur. **Stephan Braßloff,**

Privatdozent an der Wiener Universität.

I.

Bis vor kurzem hat man allgemein angenommen, daß die vestalische Jungfrau zum pontifex maximus im Verhältnis der Haustochter stehe[1]). Die virgo Vestalis, so wurde gelehrt, ist die Tochter der Gemeinde, der pontifex maximus übt ihr gegenüber die patria potestas aus. Sowie die Hauskinder der Hauszucht unterworfen sind, so unterliegt die Vestalin der schrankenlosen Hausgewalt des Oberpontifex. Diese äußert sich insbesondere beim Inzest. Der Hausvater hat nach altem Gewohnheitsrecht die Befugnis, die in unzüchtigem Verkehr ertappte Haustochter zu töten. Dieselbe Gewalt steht dem Vorstand des Pontifikalkollegs gegenüber der virgo Vestalis zu. Bricht die letztere das Gelübde der Keuschheit, so trifft sie und ihren Buhlen die Todesstrafe, welche auf Grund des Urteils im „Hausgericht" des pontifex maximus über die Schuldigen verhängt wird.

Nach den neuesten archäologischen Untersuchungen über die Amtstracht der Vestalinnen, welche von Jordan[2]) zuerst

---

[1]) So noch Mommsen, Röm. Strafrecht S. 18 f.

[2]) In seinem Werke über den Tempel der Vesta.

in richtige Bahnen gelenkt und von Dragendorff[3]) in trefflicher Weise zu Ende geführt wurden[4]), kann meines Erachtens nicht bezweifelt werden, daß die früheren Auffassungen der Rechtstellung der Vestalinnen total verfehlt sind: die virgo Vestalis hat nicht die Stellung einer Haustochter, sondern einer uxor, der pontifex maximus übt ihr gegenüber nicht die patria potestas, sondern die manus aus. Die neuere Auffassung ergibt sich aus der Betrachtung der Amtstracht der vestalischen Jungfrauen, welche, wie der vorerwähnte Gelehrte gezeigt hat, in jeder Hinsicht der Hochzeitstracht der römischen Frau gleichsteht. Gleich der letzteren trägt die virgo Vestalis die tunica recta, das flammeum, und die charakteristische Haartracht der sex crines. Dragendorff war in der Lage, auf eine weitere, interessante Eigentümlichkeit der Amtstracht der Vestalinnen, die auch zum Hochzeitsschmuck der römischen Braut gehört, aufmerksam machen zu können: die Mauerkrone. Und wie die Amtstracht, so ist auch die Zeremonie, durch welche die Jungfrau zur Vestalin erhoben wird, der altrömischen Hochzeitszeremonie (in der sich noch Spuren der alten Raubehe erhalten haben)[5]), nachgebildet. Der pontifex maximus „entführt" die virgo Vestalis und spricht dabei die Worte: „ita te, amata, capio". In dem Rechtsakte der captio müssen wir, wie Dragendorff auseinandergesetzt hat, eine Vermählung mit der Gottheit erblicken. Der Oberpontifex ist nur Vertreter der Gottheit, er übt deren eheherrliches Recht aus, wenn er die des Inzestes überführte Vestalin mit ihrem Buhlen zum Tode verurteilt.

---

[3]) Die Amtstracht der Vestalinnen im Rhein. Mus. f. Philol. Bd. 51, S. 281 ff.

[4]) Zustimmend Wissowa, Religion und Kultus der Römer in Ivan Müllers Handbuch der klassischen Altertumswissenschaft V, 3, S. 438.

[5]) Manches, was bisher als Reminiszenz an die alte Raubehe gedeutet wurde, mag allerdings in anderer Weise zu erklären sein. (Vgl. Zachariae, Wiener Zeitschrift für die Kunde des Morgenlandes XVII, p. 145 und die dort Zitierten.)

Die Uebereinstimmung der Amtstracht der Vestalinnen und der römischen Hochzeitstracht ist eine so durchgreifende, und der Gedanke, daß die römische Gemeinde eine Tochter habe, so unrömisch[6]), daß ich kein Bedenken trage, die Auffassung Dragendorffs[7]) den folgenden Ausführungen zu Grunde zu legen[8]). Bedenken hege ich nur gegen seine Behauptung, daß in der captio die Vermählung mit der Vesta sich vollziehe. Gegen die Annahme einer Vermählung, einer Liebesvereinigung mit der Gottheit ist natürlich nicht das geringste einzuwenden; sie ist eine uralte Vorstellung[9]). Aber bei dem

---

[6]) Das Kindesverhältnis kann nach ältestem Recht nur durch einen Komitialakt künstlich begründet werden. Die Frau hat aber, wie bekannt, keinen Zutritt zur Volksversammlung.

[7]) Gegen diese Auffassung kann nicht eingewendet werden, daß es in Rom stets mehrere Vestalinnen gegeben hat, die Lehre Dragendorffs sich also nicht mit der Idee der Monogamie vertrage. Nach altrömischer Anschauung, wie sie bei Varro (de lingua lat. 1, 5, 55) vorgetragen wird, ist Rom durch einen Synoikismos aus den drei Tribus der Ramnes, Tïties und Luceres entstanden; jede der drei Tribus hatte nun nach Varros Lehre je eine Vestalin. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Varronische Erläuterung nicht der tatsächlichen, geschichtlichen Entwicklung entspricht; es ist insbesondere mit Rücksicht auf die eigenartige Verpflichtung der Vestalinnen ausgeschlossen, daß das Priestertum der Vesta jemals nur von einer virgo Vestalis versehen wurde (s. Bormann, Die älteste Gliederung Roms in Eranos [1893], S. 345 ff.). Aber charakteristisch ist doch, wie man die historische Tatsache, daß stets mehrere Jungfrauen den Dienst der Vesta versahen, mit der von den Römern in der geschichtlichen Zeit festgehaltenen Idee der Monogamie in Einklang brachte. Die Lehre Varros, welche die Besetzung des Vestapriestertums durch mehrere Vestalinnen erklären will, ist nicht etwa reine Erfindung dieses gelehrten Altertumsforschers, die den eigentümlichen Dienst der Bewahrung des ewigen Feuers ganz außer Betracht läßt, sondern eine offenbar auf alter Tradition beruhende, wohldurchdachte Anschauung.

[8]) So erklärt sich aufs beste die bekannte Tatsache, daß die virgines Vestales nicht in der patria potestas stehen.

[9]) Vgl. Dieterich, Mithrasliturgie, S. 121 ff. [Die Vermählung der Tempelmädchen mit der Gottheit ist namentlich im indischen Recht nachweisbar. Kohler.]

strengen Rechtssinn der Römer, der alles in juristische Formeln bannte, den Verkehr mit den Göttern, die Gebete und vota nach juristischen Gesichtspunkten beurteilte, erscheint es mir unglaubwürdig, daß man die Vestalin als mit einer weiblichen Gottheit vermählt ansah. Auf dem Gebiete der griechischen Mythologie würde eine derartige Annahme allerdings keinerlei Bedenken unterliegen. Erst neulich ist darauf hingewiesen worden[10]), daß in Werken griechischer Malerei der Tod vielfach als Hochzeit in der Form der Raubehe dargestellt wird. Wenn nun auch regelmäßig der Mann die Frau oder die Frau den Mann in das Schattenreich entführt, so finden sich doch vielfach Beispiele einer „Entführung“ durch eine Person desselben Geschlechtes.

Die männliche Gottheit, mit welcher meines Erachtens die Vestalin als verheiratet betrachtet wird, ist der Gott Tiber. Nach der Ueberlieferung war die Vestalin Rhea Silvia, die Tochter des pontifex maximus Numitor, mit dem Stromgott (Tiber) vermählt[11]), und wir haben keinen Grund, daran zu zweifeln, daß diese Tradition der altrömischen Anschauung entspricht. Die Ehe zwischen dem Gott Tiber und der Vestalin symbolisiert die Vereinigung des Feuers mit dem Wasser[12]).

II.

Man wird ohne Bedenken voraussetzen können, daß nach römischem Sakralrecht die Jungfrau, die sich dem Dienst der Gottheit widmet und mit der Gottheit als verheiratet gilt, die gleichen persönlichen Qualitäten beim Amtsantritt besitzen müsse, wie das Mädchen, welches in den Ehestand tritt. Es erscheint mir ungerechtfertigt, von vornherein eine Differenzierung der persönlichen Vorbedingungen anzunehmen, je nach-

---

[10]) S. Radermacher, Das Jenseits im Mythus der Griechen, S. 121 ff., insbes. S. 128.

[11]) Belege bei Pauly, Realenzykl. d. klass. Altert. V, 747 und VI, 411.

[12]) Vgl. dazu Karlowa, Die Formen der Ehe und manus, S. 109 ff.

dem es sich um eine reale Eheschließung oder eine supponierte der Vestalinnen handelt; es müßten vielmehr erst die praktischen Bedürfnisse besonders dargelegt werden, aus welchen die unbedingte Notwendigkeit verschiedener Gestaltung klar zu ersehen wäre. Wir wissen nun[13]), daß zur Vestalin ursprünglich nur eine solche Jungfrau patrizischen Standes kreiert werden darf, welche im sechsten bis zehnten Lebensjahre steht und patrima et matrima ist, d. h. aus einer sakralen (konfarreierten) Ehe stammt und noch Vater und Mutter besitzt; notwendig ist auch, daß die Eltern des Mädchens in Italien leben[14]). Wenn wir dies auf das altpatrizische Eherecht übertragen, so gelangen wir zu der Annahme, daß im alten Rom Mädchen schon im Alter von sechs bis zehn Jahren eine rechtsgültige Ehe eingehen konnten und bei einer solchen außer dem Patriziat und der Jungfrauschaft der Braut gefordert war, daß die letztere patrima et matrima sei. Das erscheint uns allerdings auf den ersten Blick sehr befremdlich. Die bisherige Lehre geht dahin, daß nach römischem Recht „der Mann uxorem ducit liberorum quaerendorum causa“ und die Eheschließung daher die Pubertät der Nupturienten unbedingt voraussetze; sie wird bei Männern in alter Zeit individuell bestimmt, bei Frauenspersonen besteht ein fester Termin, das zwölfte Lebensjahr[15]).

---

[13]) Vgl. Wissowa, a. a. O., S. 421, woselbst die näheren Belege.

[14]) Die bei Gellius, I, 12, 11 erwähnte lex Papia, welche eine Aenderung des Wahlmodus bei Besetzung des Vestapriestertums eingeführt hat, ist chronologisch nicht zu fixieren. Die schon vorlängst (so von Heineccius ad leg. Pap. et Popp. I, 1) aufgestellte, von neueren Gelehrten aber (wie Wissowa, l. c., S. 438) abgelehnte Ansicht, daß das vom Verfasser der noctes Atticae „entdeckte“ Gesetz mit dem augusteischen Ehegesetz, der lex Papia Popaea, identisch sei, gewinnt mit der Dragendorffschen Lehre wieder an Boden. Bestimmtes läßt sich natürlich nicht behaupten.

[15]) S. die Belege bei Friedländer, Röm. Sittengesch. Bd. 1^5, S. 506 f. Abweichungen von dieser Regel lassen sich aus den Inschriften nachweisen. S. Anm. 19.

Unsere Annahme, daß im altrömischen Recht eine matrimonium iustum mit einem Mädchen unter zehn Jahren geschlossen werden konnte, wird wesentlich unterstützt durch die Erkenntnisse, welche wir der neueren ethnologischen Forschung verdanken. Diese lehrt uns[16]), daß noch heute bei vielen Völkern, die auf niedriger Kulturstufe stehen, Kinderehen vorkommen, daß Ehen mit sechs- und neunjährigen Mädchen bei diesen durchaus nicht zu den Seltenheiten gehören und sogar mit Kindern unter sechs Jahren abgeschlossen werden. Mit der Eingehung der Ehe vor der Viripotenz ist nicht immer Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft verbunden. Vielfach wird nur der Ehevertrag abgeschlossen; die Frau verbleibt bis zur Geschlechtsreife im Elternhause und erst mit dem Eintritt in das Haus des Mannes wird die Ehe vollkommen perfekt. Aber auch wenn die ductio in domum mariti sofort stattfindet, wird doch strenge darauf gesehen, daß die Ehefrau nicht vor Eintritt der Viripotenz mit dem Manne geschlechtlichen Verkehr pflege.

Die Institution der Kinderehe hat sich auch auf höherer Kulturstufe mitunter erhalten. Von Winkler[17]) ist bereits bemerkt worden, daß nach dem Gesetzbuch Hammurabis eine Eheschließung mit geschlechtsunreifen Mädchen als zulässig betrachtet werde. Das Gesetz bestimmt in Art. 130:

„*Wenn jemand die Ehefrau eines andern, welche einen Mann noch nicht erkannt hat und noch im Hause des Vaters lebt, schändet und bei ihr schläft und man ihn ertappt, so soll dieser Mann getötet werden, das Weib aber schuldlos sein.*“

Was nun das römische Recht anlangt, so scheint es mir nicht unwichtig zu sein, daß nach einem Bericht des Plutarch erst Numa das zwölfte Lebensjahr als Mindestalter für die Eheschließung der römischen Mädchen festgesetzt hat, während vorher, wie der Autor ausdrücklich bemerkt, diese schon früher

[16]) S. Ploss, Das Weib, Bd. I[6], S. 540 ff.. [So in Indien. Zeitschr. Bd. VII, S. 232; Bd. X, S. 99. Kohler.]

[17]) Die Gesetze Hammurabis, S. 22, Anm. 6.

heiraten[18]). Berücksichtigt man nun, daß das romulische Jahr ein zehnmonatliches ist, so ergibt sich, daß Numa das zehnte Lebensjahr der späteren Jahresrechnung als Mindestalter für die Eingehung der Ehe festgesetzt hat. Der Endtermin für den Eintritt in das Vestapriestertum und das Heiratsalter der römischen Königszeit stimmen miteinander überein.

Die hier verwerteten Ergebnisse der ethnologischen Forschung, das Gesetzbuch Hammurabis und der Bericht des Plutarch[19]) lassen es glaubhaft erscheinen, daß wie die virgo Vestalis im Alter von sechs bis zehn Jahren in den Dienst der Gottheit tritt, so auch das römische Mädchen nach altsakralem Eherecht mit erreichtem sechstem Lebensjahr ehefähig ist. Die sakrale Eheschließung erfordert geschlechtliche Reinheit (Virginität der Braut) und besondere Würdigkeit, die sich darin erkennen ließ, daß sie zufolge Gunst der Götter patrima et matrima ist. Dem Mädchen, dessen Vater oder Mutter nicht mehr am Leben ist, bleibt nicht die Ehe schlechthin, sondern nur die sakrale verschlossen, es muß eine bürgerliche Ehe eingehen. Man wird annehmen können, daß bei der ersteren die Lebensgemeinschaft nicht sofort hergestellt wird[20]).

---

[18]) *Lyc. et Num. comp. c. 4* . . . τῶν δὲ Ῥωμαίων δωδεκαετεῖς καὶ νεωτέρας ἐκδιδόντων.

[19]) Dazu kommt noch eine Inschrift in Corp. inscr. lat. 21562 (= Orelli inscr. 2653), welche ein Mann seiner nach achtunddreißigjähriger Ehe im Alter von fünfundvierzig Jahren verstorbenen Gattin gesetzt hat: *D. m. Luciae Redemptae | vixit annos XXXXV N. | Cassicius Phoebus fecit | coniugi benemerenti | cum qua vixit ann. XXXVIII.*

[20]) Die römische Ehe historischer Zeit ist „verwirklichte Lebensgemeinschaft" (Mitteis, Röm. Privatrecht bis auf Diokletian S. 131, Anm. 19 und S. 287, Anm. 15). Für die obige Auffassung spricht die Bemerkung des Donat ad Phorm. Terent act I, 2, 70: *Ducere uxorem proprie dicitur pater familias. At filius familias non tam ducit uxorem, quam a patre accipit, quippe cum patri committatur puella in huius modi conditionibus potius quam filio.* Vgl. dazu auch Servius zu Vergil. Ecl. VI, 47: *Usus obtinuit, ut innuptas virgines nuptas mulieres vocemus. nam apud maiores indiscrete virgo dicebatur et mulier.*

Vielleicht sind die hier angenommenen Erfordernisse zur Eingehung einer sakralen Ehe (Virginität der Braut, Alter von sechs bis zehn Jahren, besondere Würdigkeit)[21]) Eigentümlichkeiten der konfarreierten Ehe gewesen[22]). Das Bedürfnis nach einer zweiten, die manus begründenden Eheschließungsform hätte dann schon bei den Patriziern bestanden[23]), sie war überall dort notwendig, wo die sakralrechtlichen Voraussetzungen für die Eingehung einer konfarreierten Ehe nicht gegeben waren.

---

[21]) Ein Ueberrest des altrömischen Ritus der confarreatio hat sich noch heute bei den Albanesen erhalten. (Vgl. Hahn, Albanesische Studien, S. 144.) Ein wesentlicher Akt der acht Tage währenden Hochzeitsfeierlichkeiten besteht in dem Backen eines Kuchens. Interessant ist nun, daß die Vorkneterin eine Jungfrau sein muß, deren Vater und Mutter noch am Leben ist. Bei diesem Akt wird der Bräutigam durch ein Mädchen in Männerkleidung vertreten, die Braut offenbar durch die Vorkneterin. Ich vermute, daß die ursprünglich für die Braut aufgestellte Qualifikation hier auf die sie vertretende Vorkneterin übertragen ist.

[22]) Diese Normen können nur bei der confarreatio, dem einzigen (die manus begründenden) sakralen Eheschließungsakt gegolten haben.

[23]) Die herrschende Lehre erklärt den Dualismus der Eheschließungsformen dahin, daß die confarreatio die altpatrizische Eheschließungszeremonie sei, die coemptio dagegen bei den Plebejern aufgekommen sei und erst später aus dem Recht der plebejischen Sondergemeinde in das Recht des populus übernommen wurde. Eine andere Lehre betrachtet die coemptio als die Form, in welcher die Römer eine Ehe mit des connubiums teilhaftigen Ausländern eingehen konnten. (So Jörs in Birkmeyers Enzyklop. d. Rechtswissensch. 1. Aufl. S. 153.) — Gegen die Herleitung der coemptio aus dem altindischen Recht s. Mitteis a. a. O. S. 11.

Literatur.

1. Kurze Besprechungen

von **Josef Kohler.**

Zu dem ausgezeichneten Schweizer Zivilgesetzbuch beginnt ein Kommentar zu erscheinen, von dem bis jetzt eine Lieferung aus dem Sachenrecht vorliegt. Wie das Schweizer Gesetzbuch in jeder Beziehung über dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch steht, so zeigt sich auch in dem Kommentar von Egger, Escher, Reichel, Wächter und Wieland eine viel freiere und wissenschaftlichere Bewegung als in dem Kommentar von Planck, dessen Gedankenarmut und kleinliche Wortauslegung dem Ausländer ein wenig erfreuliches Bild über den Stand des bürgerlichen Rechtes im Beginne des 20. Jahrhunderts gewähren mußte. Die vorliegende Lieferung reicht von Art. 641 bis 680. Hervorheben möchte ich die grundsätzliche Bestimmung des Art. 673, wonach, wenn jemand in gutem Glauben auf fremdem Boden gebaut hat, er nicht nur Entschädigung verlangen kann, sondern unter Umständen auch zum Verlangen berechtigt ist, daß ihm Bau und Boden zugewiesen wird. Es ist das eine ungeheure Entwicklung des Wertgrundsatzes gegenüber dem blanken Bodenprinzip, an dem wir noch kranken. Sodann die Bestimmungen der Art. 675 u. 676, welche von den Fällen sprechen, in welchen das Eingebaute nicht dem Grundeigentümer gehört, sondern gegenüber dem Bodenprinzip einer selbständigen Berechtigung untersteht. Es wird hier zur Geltung gebracht, daß die Dienstbarkeit ebenso ihre Rechte hat wie das Eigentum. Bei Leitungen, Röhren u. s. w. gilt noch folgendes: Das Werk, von welchem sie ausgehen, ist als das herrschende Grundstück zu betrachten, dem eine Dienstbarkeit zusteht gegenüber dem Grundstücke, durch welche die Leitungen gelegt sind. Kraft dieser Dienstbarkeit gehören die sachlichen Leitungseinrichtungen dem Dienstbarkeitsberechtigten, also dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks. Das sind Grundsätze, welche ich

seinerzeit schon ausgesprochen habe in der Zeitschrift für französisches Zivilrecht, Bd. 32, S. 58 f. (welcher Aufsatz meist übersehen wird).

Gmelin spricht in seiner Schrift „Ueber den Umfang des Königlichen Verordnungsrechts und das Recht zur Verhängung des Belagerungszustandes in Italien" (Karlsruhe 1907)

über das Verordnungsrecht in Italien, sowohl was die Organisationsverordnungen als auch was die Notverordnungen und Ausführungsverordnungen betrifft. Besonders eingehend wird auch die Frage erörtert, inwiefern die Delegation gesetzgeberischer Tätigkeit von seiten des Parlamentes an die Staatsgewalt statthaft ist. Die Frage dieser Delegation ist in Italien neuerdings in Bezug auf die Bestimmungen der Berner Konvention besonders viel besprochen worden. Wie weit dieses Delegationsrecht geht und ob es mit einer einzigen Verordnung erschöpft ist oder ein dauerndes Verordnungsrecht gewährt, ist im einzelnen Falle zu beurteilen; doch beginnt man in dieser Beziehung bereits bestimmte Leitsätze zu entwickeln. Die Heranziehung der italienischen Rechtslehre für die Entwicklung des Staatsrechts ist außerordentlich bedeutungsvoll; muß man doch den Italienern gerade auf diesem Gebiete das Lob scharfen politischen Denkens und großer grundsätzlicher Tüchtigkeit zugestehen.

Calker will in seiner Darstellung über „Gesetzgeberpolitik und Rechtsvergleichung" (Tübingen 1908)

zu einem rechtsphilosophischen Grundgedanken gelangen, von der sicheren Wahrheit ausgehend, daß ein Wertprinzip für die rechtlichen Bestrebungen der Menschheit nicht aus diesen Bestrebungen selber, sondern nur aus einer außerhalb dieser Bestrebungen liegenden Betrachtungsweise gefunden werden kann. Er entwickelt darum eine Art von Vervollkommnungsprinzip mit hauptsächlicher Beziehung zu ethischen Maßstäben. Damit ist nicht viel geholfen. Das Vervollkommnungsprinzip kann nur liegen in dem Grundsatz der Kulturentwicklung; was aber diese Kultur betrifft als eine außerhalb der Einzelkultur eines Volkes liegende Weltkultur, und nach welchen Maßstäben sie zu messen ist, habe ich anderwärts gezeigt. Seltsamerweise hat Calker bei seiner Darstellung sich hiermit nicht befaßt.

Von besonderem Interesse ist die Schrift von Lukas „Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers“ (Tübingen 1908).

Der Satz, daß bei Auslegung des Gesetzes der Wille des Gesetzgebers entscheide, kann zu den Toten gelegt werden. Er rührt aus der Zeit des absolutistischen Staates her und hat einige merkwürdige Einrichtungen gezeitigt. So herrschte noch zu Anfang des 19. Jahrhunderts das „Référé législatif“, die Anrufung des Gesetzgebers zur Erklärung von gesetzgeberischen Zweifeln, eine Einrichtung, welche sich bekanntlich schon im justinianischen Rechte findet. Dieses Référé législatif ist nichts anderes als ein Ausfluß der Theorie vom Willen des Gesetzgebers; denn wenn dieser entscheidend ist, so ist es eine Unfolgerichtigkeit, wenn man bei dem Gesetze als seiner Aussage stehen bleibt, und wenn man ihn nicht weiter fragt, was er denn eigentlich mit dem Gesetz gewollt hat; hat er das eine Mal gesprochen, so kann er auch ein zweites Mal sprechen. Diese Lehre fand allerdings noch eine zweite Stütze in dem Grundsatz der drei Gewalten, sofern man annahm, daß zur Gesetzgebung auch die Gewalt gehöre, dem unklaren Gesetze einen klaren Inhalt zu geben. Das ganze Institut wurde hauptsächlich zerstört durch den Art. 4 des Code Civil, dem allerdings das westgalizische Patent vom Jahre 1797 vorausgegangen war. Damit ist ein schlimmer organisatorischer Irrtum beseitigt worden. Die Ueberwindung des theoretischen Irrtums, des falschen Prinzips der Auslegung nach dem Willen des Gesetzgebers, gehört der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts an. Wie viele Schwierigkeiten fand ich hier, wie vielen Widerspruch, wie viele Ablehnung? Auch hier thront wieder hoch über dem kleinlichen Getriebe des französischen und deutschen Rechts der englische Richter mit seiner unverkürzten und unbestrittenen rechtsschöpferischen Macht.

Birkmeyer, „Grundriß zur Vorlesung über das deutsche Strafrecht“ (München 1908)

erscheint in der 7. Auflage und ist vor allem durch die fleißige Zusammenstellung der Literatur schätzenswert. Der Schluß des Grundrisses enthält eine Replik gegenüber Liszt und gegenüber Torp. Ich bin im großen ganzen mit Birkmeyer einverstanden und glaube, daß Liszts Verdienste hauptsächlich auf dem Gebiete der Prophylaxe und der Sozialpolitik, überhaupt auf den das Strafrecht

umgebenden Gebieten, nicht auf dem Gebiete des Strafrechts selbst liegen. Die Art, wie Torp gegen die klassische Schule vorgegangen ist, halte ich für sehr bedauerlich. Im übrigen ist mir die persönliche Befehdung im höchsten Maße unsympathisch, und auch Birkmeyer hätte hier verschiedenes streichen können.

Mario Sarfatti, „Del Contratto d'Abbonamento alle Casette di Sicurezza nelle Banche" (Torino 1908).

Der Stahlkammervertrag wird von dem Verfasser ausführlich und scharfsinnig behandelt. Wenn er übrigens meine Anschauung vom Vertrag als Verwahrungsvertrag bekämpft, so sind unsere Ansichten in der Tat nicht sehr verschieden. Es ist natürlich, daß die Hinterlegung dadurch, daß der Gegenstand nicht bloß in unmittelbaren Besitz des Verwahrers kommt, sondern in den gemeinsamen Besitz des Verwahrers und Hinterlegers, einen besonderen Typus annimmt; und daß für die Zeit, in welcher dem Hinterleger die Kassette zur Verfügung gestellt ist, die Verwahrungspflicht aufhört, unterliegt jedenfalls keinem Zweifel. Wie aber bei der Zwangsvollstreckung zu verfahren ist, werde ich in anderer Verbindung erörtern.

v. Lutzau, Hermann, Die Lehre von der Klagenverjährung nach Liv-, Esth- und Kurländischem Privatrecht. I. II. Leipzig 1904, 1906. Richard Wöpke.

Das Werk bietet, allerdings in außerordentlich weitschweifiger Art, eine Fülle von Material, das auf der einen Seite in die Pandektenliteratur hinabsteigt, auf der anderen Seite aber auch bis in die neuere Zeit reicht. Ich verweise insbesondere auf die Ausführung über die Wirkung der Klagenverjährung und über die Frage der Verjährung der Einrede.

v. Koschembahr-Lyskowski, Dr. J., Die condictio als Bereicherungsklage. Weimar 1906. Hermann Böhlaus Nachfolger.

Der Verfasser sucht auszuführen, daß die condictio stets auf ein certum ging und daß bei der sogen. condictio incerti zwar nicht, wie die byzantinischen Scholiasten wollen, eine Selbstschätzung des Klägers, wohl aber ein arbitrium in jure erfolge, wodurch das incertum in ein certum verwandelt wurde (in ein certum im allgemeinen oder in eine certa pecunia) und daß hiernach die Formel

bestimmt wurde. Die Ausführungen haben viel Belehrendes und Bestechendes, wenn man auch bei dem vorhandenen Material kaum über die erste Wahrscheinlichkeit hinauskommen kann.

Leonhard, Prof. Rudolf, Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge. Breslau 1907. M. & H. Marcus. I. Teil, 2. Auflage.

In dieser zweiten Auflage verfolgt der Verfasser die vor Jahren angeschnittenen Probleme mit Glück weiter und sucht dabei das Studium des römischen Rechts mit dem heutigen zu verbinden, in sehr schätzenswerter und belehrender Weise, was anzuerkennen ist, wenn wir auch in Bezug auf Einzelheiten von den Ansichten des Verfassers vielfach abweichen.

Eduard v. Liszt, Pflichten der außerehelichen Konkubenten. Verlag W. Braumüller, Wien 1907.

Im Anfang bringt der Verfasser einiges recht Dürftige über das Mutterrecht; die spätere Entwicklung aber ist schätzenswert und zeugt von guter Behandlung der rechtspolitischen Gesichtspunkte. Namentlich ist der Verfasser stark in der Kritik und weist nach, wie fehlerhaft die Behandlungsweise der unehelichen Kinder im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch ist und wie sehr das Bestreben, den einen Interessen günstig zu sein, zu Ungunst der anderen Beteiligten ausschlägt. So ist es insbesondere völlig unsachgemäß, daß der natürliche Vater allein die Erhaltung des Kindes bis zum 16. Lebensjahr zu besorgen hat, auch dann, wenn die Mutter völlig vermögensfähig ist, auch dann, wenn sie reich und der Vater arm und hilflos ist, nach dem bekannten Beispiel, daß etwa ein Reitknecht als Erzeuger dem Kinde einer Prinzessin eine fürstliche Erziehung geben muß. Auf der anderen Seite wird mit Recht hervorgehoben, daß die exceptio plurium eine Notwendigkeit ist mit Rücksicht auf die ungeheuren Mißstände, die sich überall da entwickelt haben, wo sie fehlt.

In fast allen Beziehungen hat das schweizer Gesetz dem deutschen den Rang abgelaufen; seine Bestimmungen sind billiger, durchdachter und sachgemäßer als die deutschen, die vielfach einen ganz doktrinären Charakter haben.

Ehrlich, Prof. Eugen, Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. Leipzig 1907.

Ehrlich hebt mit Recht hervor, daß neben den still glimmenden,

oft suggestiv wirkenden Ideen ihre Aeußerung durch richterliche Entscheidung und durch Verkehrstatsachen wesentlich in Betracht kommt. Hierbei verweist der Verfasser mehrmals lehrreich auf das slawische Recht, namentlich auf Duschans Gesetz, über welches nunmehr in dieser Zeitschrift Darstellung gegeben wird (S. 129 f.).

Wiedemann, Dr. C. P., Beiträge zur Lehre von den idealen Vereinen (Zürich 1908),

behandelt mit großer Ausführlichkeit die Lehre von den idealen Vereinen, vor allem im schweizer und deutschen Rechte, bleibt aber hinter den Anforderungen der Gegenwart zurück; einmal zeigt er eine umständliche und teilweise schlecht methodische Arbeitsform, wobei er ganz verfehlt mit den Motiven des Gesetzes hantiert, die niemand mehr erwähnen sollte; sodann werden die neuen Ergebnisse der Konstruktion der Vereine in meinem Lehrbuch und in der Enzyklopädie nicht berücksichtigt, und die Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht von Leist (1904), welche auf Grund eines umfassenden Materials die modernsten Bildungen und namentlich auch die modernsten Gefahren des Vereinsrechts kundgeben, hätten eingehend erörtert werden sollen.

Ahlfeld, Prof. Dr. Friedr., Nasciturus. Leipzig 1906. Wilh. Grunow.

Der Verfasser will anregen, daß schon das Kind im Mutterleibe mindestens 24 Wochen nach der Zeugung als ein Rechtswesen betrachtet werde, so daß auch das totgeborene Kind als ein Mensch, der gelebt habe, gelten solle. Voraussetzung sei, daß das Schwangerschaftsprodukt ein Herz besitzt. Die Darlegung ist vielfach anfechtbar, aber auch für den Juristen bedeutsam.

Ueber französische Bestrebungen, welche dahin zielen, die Ehescheidung zu erleichtern, insbesondere auch die Unvereinbarkeit des Charakters als Ehescheidungsgrund zu erklären (wenigstens in den ersten Jahren der Ehe) und über die Bestrebungen, auch die Ehescheidung auf Grund gemeinsamer Uebereinstimmung wieder einzuführen, handelt Fuld in „Nord und Süd“, Band 31, S. 214.

Weitere bedeutsame Literatur ist:

Ricca-Barberis, Prof. Mario, Funerali. Milano 1906. Società editrice libraria.

Die wichtige Frage über das Bestimmungsrecht bezüglich der

Beerdigung, ob der letzte Wille binde, und wie ohne letzten Willen, bei widerstrebenden Meinungen der Hinterbliebenen, zu handeln sei, wird hier mit reicher Jurisprudenz und eingehender Sachkenntnis behandelt. Sie ist in Deutschland noch beinahe gar nicht durchforscht worden. In meinem Personen- und Familienrecht werde ich darauf zurückkommen.

Müller, Martin, Minne und Dienst in der altfranzösischen Lyrik. Marburg 1907.

Wie in der provenzalischen, so findet sich auch in der nordfranzösischen Minnelyrik das Bild vom Lehnsherr und Vasallen und zwar so, daß entweder die angebetete Dame oder daß die Liebe selber als Lehnsherr erscheint. Das führt oftmals dazu, daß in dem holden Spiel der Liebeslyrik lehnrechtliche Ausdrucksweisen einfließen und die Verhältnisse im Lichte der Vasallität beleuchtet werden.

Mayer, Dr. Max Ernst, Deutsches Militärstrafrecht. Leipzig 1907.

Das nach so vielen Richtungen hin interessante Militärstrafgesetzbuch hat bis jetzt nur eine sehr stiefmütterliche wissenschaftliche Bearbeitung erfahren; man ist fast durchgängig auf der Stufe des Kommentars stehen geblieben. Der Verfasser hat eine kurze systematische Darstellung unternommen, welche eine Reihe der tiefgreifenden Besonderheiten des Militärstrafrechts hervorhebt, ausgehend von der allgemeinen Rechtslehre. Allerdings liegt gerade in den allgemein rechtlichen Ausführungen manches Unrichtige und Unbegründete, und auch in der Systematik wäre eine tiefere Fassung erforderlich gewesen. Doch ist die Bearbeitung im ganzen schätzenswert. Zu tadeln ist allerdings der Mangel des geschichtlichen Momentes, der gerade im Militärstrafrecht, mit seinen vielen geschichtlichen Bedingtheiten, doppelt schwer wiegt.

Lucas, Dr. Hermann, Das materielle Strafrecht. Berlin 1907. Otto Liebmann.

Die Einleitung in das materielle Strafrecht bietet dem Anfänger sehr viel Schätzenswertes und ist als Mittel des vertiefenden Studiums für Studierende sehr empfehlenswert. Nicht allem ist zuzustimmen, z. B. nicht der Lehre von dem eventuellen dolus; umsomehr sind die Ausführungen gegen den Determinismus S. 161 f. zu beherzigen.

2. Kurze Anzeigen

von **Teichmann.**

1. Dr. jur. Cretschmar, Das bürgerliche Recht unter besonderer Berücksichtigung der preußischen Landesgesetzgebung dargestellt und erläutert. 1. Bd. (B.G.B. und Einführungsgesetz vom 18. August 1896, XV, 876 S.); 2. Bd. (XI, 1235 S.); gr. 8° und Sachregister (79 S.), 1902, Düsseldorf, L. Schwann.
2. Gerichtsassessor a. D. Dr. jur. Karl Vigelius, Bürgermeister, Die Städteordnung für die Rheinprovinz vom 15. Mai 1856 in ihrer durch die neueste Gesetzgebung bedingten Fassung. Zum praktischen Gebrauche dargestellt und erläutert. Leipzig, Verlag von C. E. M. Pfeffer, 1904 (XII, 313 S.).

Diese beiden Gesetzausgaben sind von besonders fachkundigen Männern ausgearbeitet und werden mit ihren vielen Anmerkungen und Verweisen dem Praktiker die besten Dienste leisten. Besondere Sorgfalt ist auf die typographische Herstellung verwandt, so daß die gesetzlichen Abänderungen späterer Zeit deutlich hervortreten. Der zweite Band des zuerst genannten Werkes enthält die für den Zivilisten wichtigsten Nebengesetze. Das ausführliche Sachregister in besonderem Heft orientiert über das ganze Werk.

Landgerichtsdirektor F. Schroeder, Das grenzstreitige Gebiet von Moresnet, sogen. Neutral-Moresnet. Eine Studie. Materialien und Rechtsgutachten. (37 S.) Aachen, R. Barth, Verlag, 1902.

Zum ersten Male wird hier auf amtliches Material gestützt die schon hie und da in völkerrechtlichen Schriften vertretene Verneinung der Anwendbarkeit des Neutralitätsbegriffes auf Moresnet erwiesen und eine zweckmäßigere Regelung der sehr unbefriedigenden dortigen Verhältnisse vor Ablauf des hundertjährigen Zeitraums seit ihrer Entstehung als dringend wünschbar erklärt.

Adolf Grabowsky, Kammergerichtsreferendar in Berlin, Der sogen. Verlust der Staatsangehörigkeit durch Fristablauf. Berlin, Karl Heymanns Verlag, 1904 (56 S.).

In dieser Abhandlung (Separatabdruck aus dem Verwaltungsarchiv [Bd. XII, S. 204—259]) wird nach Untersuchung der Natur der Staatsangehörigkeit die Ansicht vertreten, daß es sich in den §§ 13, Ziff. 3, und 21 des Gesetzes vom 1. Juni 1870 lediglich um

eine Limitation der Staatsangehörigkeit handelt, d. h. um Verlust einzelner Rechte und Pflichten. Das wichtigste, eigentlich das einzige Recht, das verloren geht (und zwar auch nicht unwiederbringlich) ist das Recht auf Schutz, während Wohn- und Uebernahmerecht wie Wehrpflicht unberührt bleiben. Es werden dann die Gründe dargelegt, warum auch Nichtdispositionsfähige aus der Staatsangehörigkeit entspringende Rechte selbständig verlieren können und die Regelung dieser Verhältnisse de lege ferenda besprochen.

Augustin Egger, Schweizerische Rechtsvereinheitlichung und die Volkstümlichkeit des Rechts. Rede, gehalten bei Antritt der Professur für schweizerisches Privatrecht an der Universität Zürich am 22. Oktober 1904. Erweiterter Abdruck. Zürich 1904. Druck und Verlag von Schultheß u. Co. (44 S.).

In hoher Begeisterung für die Volkstümlichkeit des Rechts, wie diese gerade für die Schweiz besonders erwünschbar sei, prüft der Redner den privatrechtlichen Entwurf nach den drei Gesichtspunkten des privatrechtlichen Formalismus, des Waltens der Gemeinschaftsidee und des Ethos im Rechte, und gelangt zu dem sehr befriedigenden Resultat, daß dieser mit wahrhaft intuitiver Kraft die Eigenart des vom schweizerischen Volke geschaffenen Rechtes erfaßt und mit starkem Gestaltungsvermögen auch den neuen Normen aufgeprägt hat.

Norges gamle love, Anden Råekke 1388—1604. Ifølge offentlig foranstaltning udgivne ved Absalon Taranger. Første Bind I Statens lovgivning 1388—1447. Christiania 1904 i Commission hos Grøndahl & Søn. 4°. IX, 306 S.

Alle Freunde des nordischen Rechts wird diese Fortführung des altberühmten Werkes für die Zeit bis zu Christians IV. norwegischem Gesetzbuch mit großer Befriedigung erfüllen, zumal aus den vielen diplomatischen, historischen, geographischen und literarischen Anmerkungen zu den allerdings schon aus weiteren Drucken bekannten einzelnen Akten der Sammlung zu ersehen ist, daß die Leitung des Unternehmens in beste Hände gelegt ist. Im vorliegenden Bande handelt es sich um die Regierungszeit der Königin Margareta, des Unionkönigs Erik (abgesetzt 1440) und des Königs Christoph III. Der Inhalt ist sehr mannigfach. Es finden sich Gesetze, Verordnungen, Instruktionen, Berichte, viele die hanseati-

schen Verhältnisse betreffenden Privilegien und Streitschlichtungen, Grenzregulierungen, kirchenrechtliche Erlasse, der Entwurf zu der in neuester Zeit viel umstrittenen Kalmarer Union mit späteren Vereinbarungen, Traktate staatsrechtlicher Natur, ein Geleitsbrief zum Almosensammeln eines erblindeten Schweriner Klerikers, ein anderer für holländische Kaufleute mit sonderbarer Rücktrittsklausel u. dgl. m. Auch die für die Königswahlen bezw. Absetzung Eriks ergangenen Urkunden interessieren den Leser. Die Ausstattung des Werkes ist eine sehr gute, das Format handlicher als bei dem alten Werke, der Druck verschiedenfach je nach Inhalt, Herkunft und Wichtigkeit des Mitgeteilten. Die Schaffensfreudigkeit des Herausgebers und Bearbeiters läßt uns eine baldige weitere Fortsetzung als in sicherer Aussicht stehend annehmen.

Liepmann, M., Duell und Ehre. Ein Vortrag. Berlin, Otto Liebmann, 1904. 61 S. 0,75 M.

Eine vorurteilslose und sorgfältige Untersuchung, die eben doch zu einer völligen Verurteilung des Duells kommen muß. Das Duell ein Mittel zur Aufrechterhaltung guter Umgangsformen! „Beschämend genug,“ sagt am Schlusse der Verfasser, „nur bei den Konflikten der Gebildeten unter sich erschien ein Notventil gegen rohe Tätlichkeiten notwendig.“ Auch die Vorschläge zur Reform sind bemerkenswert.

Dr. Anton Menger, Honorarprofessor der Rechte an der Universität Wien, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Dritte verbesserte und vermehrte Auflage. (Viertes Tausend.) Tübingen, Verlag der H. Lauppschen Buchhandlung, 1904. (XII, 241 S.)

Dieses Werk des nun auch schon der Wissenschaft entrissenen gelehrten Verfassers († 7. Februar 1906 zu Rom) hat wegen seiner glänzenden Diktion und seines fesselnden Inhalts in den weitesten Kreisen große Verbreitung gefunden, wurde auch 1894 in das Italienische und 1897 in das Spanische übersetzt. Während der Verfasser es für eine Streitschrift gegen den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (1890) erklärte, hat die Kritik darin eher einen scharfsinnigen Angriff unserer heutigen Privatrechtsordnung erblickt und wohl mit Recht geltend gemacht, daß dem Entwurf ganz andere Ziele und Zwecke gesteckt waren,

als Verwirklichung der Aufrichtung einer sozialistischen Staatsordnung, die zur Zeit wenigstens noch vom deutschen Volke durchaus abgelehnt wird. Nur in einigen Punkten konnte in jenem Entwurf, bei der Zivilprozeß- und Gewerbeordnung, später den Reformwünschen des Verfassers u. a. Rechnung getragen werden, was in dieser Auflage teils im Text, teils in den Noten des näheren vermerkt ist.

3. Kurze Anzeigen
von **Zürcher.**

Bauer, Joseph, Das in Deutschland geltende Recht, revierende Hunde und Katzen zu töten. (3.) Neudamm 1904. 99 S. Kart. 2 M.

Die Befugnis des Jagdberechtigten, Hunde und Katzen, die dem Wild nachstellen, zu töten, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der Jagdgesetzgebung der Gegenwart, alles mit zahlreichen Entscheidungen versehen, das ist der Inhalt des Büchleins.

Die vierte Instanz, Monatsschrift für Kritik der Rechtsprechung und Gesetzgebung. Herausgeber: Eduard Löwenthal, Berlin-Tegel; Verlag Otto Dreyer, Berlin W. Nr. 1 vom 1. Oktober 1904. Vierteljährlich 1 M.

Die Mangelhaftigkeit des Straf- und Prozeßrechtes, die Fehlbarkeit der Richter und Rechtsanwälte lassen es dem Herausgeber wohl der Mühe wert erscheinen, darüber zu wachen, daß Rechtsbrüche selbst in Ausnahmefällen in der Gerichtspraxis vermieden und die Gesellschaftsangehörigen vor materiellem und moralischem Schaden bewahrt werden. Zu diesem Ende will die Zeitschrift Kritik üben und auch etwa Geschädigten Rat erteilen. Da der Herausgeber auch „auf allgemein-wissenschaftlichem Gebiete“ sich als vierte Instanz betrachtet, so kann die Monatsschrift recht interessant werden.

v. Reusner, M., ehemaliger Professor des Staatsrechts an der Universität Tomsk, Gemeinwohl und Absolutismus. Berlin-Charlottenburg, Friedr. Gottheiners Verlag. 1904. 142 S. 4 M.

Eine eingehende Darlegung der Grundlage des russischen Staatsrechts. Der Verfasser, wohl bewandert in unserer Literatur, weist nach, daß der russische Absolutismus nicht byzantinisch-orientalischen Ursprungs sei, sondern nichts anderes als der aufgeklärte

Despotismus des XVIII. Jahrhunderts in Westeuropa. Daraus ergibt sich für den russischen Staat auch die Linie der Weiterentwicklung; „als europäischer Staat benötigt er zu seiner politischen Reife Gesetz, Recht und Freiheit durchaus nicht weniger als das moderne Deutschland".

Wettstein, Walter, Die Staatsangehörigkeit im schweizerischen Auslieferungsrecht. Zürich, Schultheß u. Co. 1905. 92 S. M. 2.20.

Diese Schrift bildet das dritte Heft der „Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft", herausgegeben von den Professoren A. Egger, E. Hafter, H. F. Hitzig und M. Huber. Durch die Sammlung soll bezweckt werden, das oft wertvolle, in Dissertationen und ähnlichen Arbeiten zerstreute Material in den Buchhandel und damit in die allgemein benutzbare Literatur zu bringen.

Die mit großer Schärfe durchgeführte vorliegende Untersuchung erstreckt sich sowohl auf das Verbot der Auslieferung der eigenen Staatsangehörigen als auf das Interventionsrecht des Heimatstaates, wenn über die Auslieferung eines seiner Angehörigen zwischen anderen Staaten verhandelt wird. In ersterer Richtung empfiehlt der Verfasser, die Nichtauslieferung des Angehörigen aus einem Individualrecht des Bürgers in ein verzichtbares Recht des Staates umzugestalten. Anderseits spricht er sich für die Pflicht der Notifikation an den Heimatstaat des auszuliefernden Ausländers aus.

4. Kurze Anzeige
von **Hitzig.**

H. de Claparède, Privatdozent an der Universität Genf, Beiträge zur Lehre vom Leistungsverzuge, mit besonderer Berücksichtigung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des schweizerischen Obligationenrechts. I. Teil. Genf, Verlag Henry Kündig, 1903. 166 S.

Der vorliegende erste Teil der „Beiträge" behandelt lediglich in einem ersten Kapitel Begriff und Wesen des Verzugs, in einem zweiten die Voraussetzungen des Verzugs (Fälligkeit und Mahnung). Diese Materie wird in den neueren Kodifikationen meist mit einer ganz kleinen Zahl von Paragraphen erledigt. Verfasser zeigt die Vielgestaltigkeit der in der Praxis auftauchenden Einzelfragen und versucht, die Erörterungen dieser Einzelfragen in der Pandekten-

literatur auch für die modernen Kodifikationen zu verwerten. Manche der gemeinrechtlichen Kontroversen der Mora-Lehre sind durch positive Bestimmungen der neueren Gesetzgebung entschieden, anderen Kontroversen bleibt auch jetzt noch ein fröhliches Weiterleben gesichert. Dem Praktiker werden diese Beiträge gerade wegen ihrer Kasuistik willkommen sein; er wird für die einzelnen Fragen wenigstens die Literatur zusammengestellt finden; Präjudizien sind nur spärlich zitiert und verwertet; im besonderen ist die Judikatur zum schweizerischen Obligationenrecht beinahe gar nicht benutzt. Im übrigen bringt es zum großen Teil die — ziemlich durchgeackerte — Materie mit sich, daß die wissenschaftliche Ernte gering ist und neue Gesichtspunkte kaum mehr zu gewinnen waren; wo der Verfasser den Versuch macht, selbstschöpferisch vorzugehen, ist er nicht sonderlich glücklich; ich rechne dahin z. B. den Vorschlag, die „empfangsbedürftige“ Willenserklärung zu ersetzen durch die „vernehmungsfähige“. Einige stilistische Unebenheiten werden wohl damit zusammenhängen, daß die deutsche Sprache nicht die Muttersprache des Verfassers ist.

VII.

Die Grundbesitzverhältnisse in Serbien nach Duschans Gesetz[1]).

Von

Lazar Markowitsch,

Referendar aus Belgrad.

Die Verhältnisse an Grund und Boden im serbischen Staate haben schon im Mittelalter, infolge der großen Bedeutung der Bodenkultur für die derzeitige Volkswirtschaft, den Gesetzgeber vielfach beschäftigt. Schon zu jener Zeit ging das Bestreben der Staatsgewalt dahin, durch zweckmäßige, den damaligen Lebensverhältnissen entsprechende Normen die bestehende Aufteilung und Ordnung des Privateigentums an Grund und Boden gesetzlich zu regeln und auf diese Weise einerseits den Grundbesitzern die für die Bewirtschaftung der Güter nötige Arbeitskraft zu sichern, anderseits aber die gegenseitigen Verhältnisse zwischen den Gutsherren und den auf ihren Gütern angesiedelten Bauern gesetzlich zu ordnen, damit diese letzteren der Willkür und mißbräuchlichen Ausnützung der ersteren nicht preisgegeben werden.

Wie die früheren serbischen Herrscher in ihren Gesetzen und Verordnungen, so hat erweislich auch der Kaiser Duschan diesen Standpunkt in seinem Gesetzbuche eingenommen. Er hat zwar die bestehende Ordnung, eben infolge ihres Bestehens, als dem Staatswohle nützlich und fördernd angesehen, aber

[1]) Vgl. oben S. 129 f.

er hat auch, ohne die Grundlagen dieser Ordnung erschüttern zu wollen, für angemessen erachtet, durch neue Normen viele Lücken in den bisherigen Gesetzen auszufüllen und die Verhältnisse an Grund und Boden eingehender zu regeln. Diesen Zweck verfolgte er im Gesetzbuche. Aus nicht wenigen Bestimmungen des Gesetzbuches ist ersichtlich, wie der Kaiser großen Wert insbesondere darauf legte, die rechtliche Stellung der Angehörigen verschiedener Stände in Bezug auf den besitzenden Boden klarzustellen und das gegenseitige Verhältnis der Angehörigen zweier Stände bezüglich eines und desselben Bodens, auf welchem beide gewisse Ansprüche hatten, gesetzlich festzusetzen und dadurch jede Willkürlichkeit seitens der Mächtigeren gegen die Schwächeren völlig auszuschließen.

Wenn auch aus den einzelnen Bestimmungen des Gesetzbuches diese Absicht des Kaisers deutlich hervorgeht, so stößt man doch an große Schwierigkeiten, wenn man versucht, auf Grund dieser Bestimmungen ein gesamtes Bild über die Verhältnisse an Grund und Boden zu konstruieren. Der Grund hierfür liegt in dem schon in der Einleitung erwähnten Umstande, daß das Gesetzbuch keinesfalls ein systematisches Werk ist, dessen Aufgabe wäre, alle Verhältnisse an Grundstücken zu regeln, so daß seine wissenschaftliche Bearbeitung wenigstens bezüglich des Materials keine Schwierigkeiten bieten würde. Die eventuellen Lücken ließen sich solchenfalls im Wege der Interpretation und Analogie gewissermaßen beseitigen, während bei der Bearbeitung des Gesetzbuches des Duschan diese Methode schlechthin unmöglich ist, da das Gesetzbuch für viele Fragen des Grundbesitzrechts überhaupt keinen Anhaltspunkt enthält. Das gilt übrigens auch für andere Teile des Privatrechtes, da im Gesetzbuche des Duschan das öffentliche Recht dominiert. Dieser Umstand hat manche Autoren veranlaßt, anzunehmen, daß die betreffenden Verhältnisse nach den Sätzen des griechischen Rechtes geregelt waren. Die griechischen Gesetzbücher sollen also gesetzliche Kraft gehabt haben, sowohl im Gebiete des Kirchenrechtes als auch im Ge-

biete des Weltrechtes. Als Beweis hierfür wird angeführt, daß sich neben dem serbischen Nomokanon auch die Uebersetzung eines jüngeren byzantinischen Gesetzbuches, Prochiron — πρόχειρος νόμος — des Kaisers Basilius I. um 879 befindet, unter dem Namen gradski zakon — νόμος πολίτικος — ius civile. Dieses Gesetzbuch[2]) hatte, nach der Meinung des russischen Gelehrten Zigelj, neben Duschans Gesetzen gesetzliche Kraft. Dasselbe soll von dem Syntagma des Mattheus Blastares gelten. Derjenige Teil des Syntagma, welcher zivilrechtlicher Natur war, soll nebst dem kirchenrechtlichen Teile gesetzliche Kraft gehabt haben. Diese Ansicht vertritt auch Nowakowitsch.

Obwohl die Frage über den Zusammenhang der serbischen Gesetze, vornehmlich des Gesetzbuches Duschans, mit den griechischen Gesetzen und Rechtsbüchern noch nicht ganz aufgeklärt worden ist, läßt es sich doch aus den bisherigen Untersuchungen vielmehr schließen, daß die griechischen Gesetze nur auf die Verhältnisse der Kirche und ihrer Organe anwendbar waren. Ihre Uebertragung auf den bürgerlichen Verkehr wird nirgends unzweideutig bestätigt. Auch der Umstand, daß viele Begriffe des bürgerlichen Rechtes, überhaupt die ganze juristische Terminologie, nicht in den Gesetzen des Duschan, sondern in den Uebersetzungen des Prochiron und Syntagma sich befinden, besagt nur, daß der Rechtsverkehr in Serbien entwickelt war, so daß die Uebersetzer keine Schwierigkeiten in dieser Hinsicht hatten. Dieser entwickelte Rechtsverkehr richtete sich nach den Regeln des ungeschriebenen Gewohnheitsrechtes. Der bloße Umstand aber, daß die serbischen Uebersetzungen eine reiche juristische Terminologie enthalten, kann nicht als Beweis verwendet werden für die Behauptung, daß das byzantinische Zivilrecht auch in Serbien gesetzliche Kraft hatte. Es wäre deshalb unrichtig, wenn man

---

[2]) Die Uebersetzung ist erhalten in drei alten Abschriften, abgedruckt von Nićifor Dučić im Glasnik der serbischen Gelehrtengesellschaft, II. Serie, Bd. 8, 1877 (S. 34—134).

die Fragen des Privatrechtes, die im Gesetzbuche Duschans keinen Platz fanden, nach den Sätzen des griechischen Rechtes lösen wollte. Das Gewohnheitsrecht war in solchen Fällen einzig und allein maßgebend und nur ausnahmsweise, wenn ein Rechtsfall neu war, so daß seine Beurteilung nach dem Gewohnheitsrechte materiell unmöglich war, wurden die griechischen Rechtsbücher nur wie ein Hilfsbuch von den serbischen Richtern gebraucht. Das Gewohnheitsrecht war also für die privatrechtlichen Verhältnisse auch nach der Uebersetzung griechischer Rechtsbücher maßgebend, soweit nicht durch kaiserliche Gesetze etwas Neues bestimmt wurde. Auch die neueren Forschungen des Nowakowitsch, wiedergegeben in der Ausgabe des serbischen Textes des Syntagma, haben uns von der Richtigkeit der gegenteiligen Meinung zu überzeugen nicht vermocht[3]).

Man ist deshalb auch bei der Untersuchung der Fragen des Grundbesitzrechtes nicht nur auf die Rechtsquellen stricto sensu, sondern auch auf die anderen Quellen angewiesen, in erster Reihe auf die Quellen der politischen Geschichte. Auch die Erläuterung der einzelnen Bestimmungen, wie auch die Darlegung des Grundbesitzrechtes müssen sich nach besonderen Grundsätzen richten, nach den Grundsätzen nämlich, die auch für den damaligen Gesetzgeber leitend gewesen sind. Das ist leicht zu verstehen, wenn man weiß, daß der Standpunkt des Gesetzgebers bei dem Erlassen von gesetzlichen Bestimmungen im Mittelalter ein anderer war, als es heute der Fall ist, und daß alles das, was heute vielleicht den Hauptgegenstand der gesetzlichen Bestimmungen über den Grund und Boden bilden würde, damals von dem Gesetzgeber als etwas allgemein Bekanntes und Selbstverständliches vorausgesetzt wurde, so daß das Gesetzbuch damit nichts zu tun hatte. Darunter sind in erster Reihe die Unterschiede zwischen

---

[3]) Das Syntagma des Mattheus Blastares. Ein alphabetisches Verzeichnis der byzantinischen Kirchen- und Staatsgesetze. Slavische Uebersetzung zur Zeit Duschans, edidit St. Nowakowitsch, Belgrad 1907.

den Angehörigen einzelner Stände zu verstehen, Unterschiede, die heute in den modernen Staaten, wenigstens bezüglich der Privatrechte, ganz weggefallen sind. Als logische Folge dieser standesmäßigen Differenzen ergeben sich die Unterschiede zwischen der Rechtsstellung der Angehörigen des Adels und des Klerus den Grundgütern gegenüber, und der Stellung der an die Scholle gebundenen, im übrigen aber freien Bauern, wie auch der unfreien Knechte. Ferner besaß auch der Herrscher eine besondere Gewalt über den Grund und Boden, so daß seine rechtliche Stellung und seine Prärogativen ebenso berührt werden müssen, da die daraus folgenden Konsequenzen von großer Wichtigkeit für das bessere Verständnis der Materie sind. Hinsichtlich aller dieser Grundfragen, auf denen die ganze Rechtsentwicklung des Mittelalters beruht, muß man auch das Nötige sagen, damit die Darstellung des damaligen Grundbesitzrechtes möglichst vollständig wird.

An erster Stelle aber, vor der Erörterung irgend einer anderen Frage, muß man besonders feststellen, daß zur Zeit des Duschan, wie auch vermutlich schon seit der Entstehung des serbischen Staates im 12. Jahrhundert, der Grundsatz des Privateigentums an Grund und Boden anerkannt worden war. Der Grund und Boden ist aufgeteilt worden, und seine Kultivierung liegt den Einzelpersonen ob, ebenso wie die Erträge der Bodenkultur nicht der Gesamtheit, sondern grundsätzlich den einzelnen Arbeitern zufallen. Wie man zu dieser Stufe in der Entwicklung des Eigentumsbegriffes gekommen war, ist nicht ganz aufgeklärt worden. Die einen behaupten, daß das Privateigentum aus dem Kollektiveigentum entweder der Stammesgenossenschaften oder der Dorfgemeinden sich herausgebildet hat, während die anderen, wie z. B. Nowakowitsch, der Meinung sind, daß hierin vielmehr nur eine Wirkung der griechisch-römischen Kultur zu erblicken wäre und daß schon seit der Niederlassung der Serben auf der Balkanhalbinsel das Privateigentum vorhanden war.

Ohne in diese Frage näher eingehen zu wollen, wollen

wir nur bemerken, daß der Grundsatz des Privateigentums der Ausgangspunkt unserer Darlegungen sein wird, da das Gesetzbuch des Duschan das Privateigentum als vorhanden voraussetzt und dementsprechend die Sätze aufstellt, die nur für ein solches Eigentum passen. So Art. 40 des Gesetzbuches, welcher lautet: „Alle vor dem Erlassen des Gesetzbuches ausgestellten kaiserlichen und königlichen Urkunden über die Verleihung der Grundgüter an bestimmte Personen werden hiermit bestätigt und die Besitzer solcher Güter sind berechtigt, mit ihnen frei zu verfügen, sei es in der Form der Schenkung oder des Vermächtnisses oder des Verkaufs." Aehnliche Bestimmung enthält Art. 175, welcher lautet: „Die Grundbesitzer können mit ihren geerbten Gütern, wie auch mit den durch Kauf erworbenen Gütern frei verfügen. Sie können dieselben verkaufen, als Mitgift geben oder einer Kirche schenken, nur sollen sie bei der Veräußerung darauf acht geben, daß die Bebauung des Grundstückes auch weiter betrieben wird, damit die Ansprüche des Gutsherrn auf die Abgaben nicht gefährdet werden, da in diesem letzten Falle der Gutsherr ermächtigt ist, die Grundstücke in seinen Besitz zu nehmen." Der Unterschied zwischen den Bestimmungen dieser zwei Artikel wird an anderer Stelle besprochen werden. Hier sind sie nur als Beweis für die obige Behauptung angeführt worden, daß das Gesetzbuch den Grundsatz des Privateigentums an Grund und Boden anerkennt und folgerichtig die Unverletzlichkeit des Eigentums durch ausdrückliche Vorschrift im Art. 43 schützt.

Die Eigentumsverhältnisse gestalten sich indes sehr verschiedenartig. Die Verteilung des Grund und Bodens hängt in erster Linie mit der Einteilung der Einwohnerschaft in die Stände zusammen. Das Ständewesen hat auf die Grundbesitzverhältnisse so sehr eingewirkt, daß eine zusammenhängende Darstellung uns als die zweckmäßigste erscheint. Wir werden also der Reihe nach die rechtliche Stellung der den verschiedenen Ständen angehörigen Grundbesitzer erörtern. Die Rechtsverhältnisse des hohen und kleinen Adels, der Kirchen und

Klöster, der coloni liberi (παροίκοι) und der unfreien Knechte, mit Bezug auf den Grund und Boden, werden getrennt behandelt werden. Die Stellung des Herrschers — Kaisers, Königs — wird ebenso erörtert werden müssen, und zwar an erster Stelle, da der Herrscher wie einen besonderen Stand für sich darstellte und außerdem das oberste Recht über allen Grund und Boden besaß.

Die Bodenverhältnisse im einzelnen.

a) Die königliche Gewalt über den Grund und Boden.

Sie ist durch keine gesetzliche Bestimmung geregelt und kann nur mittelbar ermittelt werden. Es ist fraglich, ob die Macht des Königs über den Grund und Boden mit der heutigen Staatsgewalt über das Territorium verglichen werden kann, während es feststeht, daß diese zwei Gewalten nicht gleichgestellt werden sollen. Die Macht des Herrschers äußerte sich in der Befugnis, über die einzelnen Stücke des Bodens, sei es bebauten, sei es unbebauten, oder über die ganzen Komplexe von Grundstücken, ja sogar über eine Anzahl von Dörfern, zu Gunsten der Adeligen oder der Kirchen und Klöster zu verfügen. Die unzweideutigen Bestimmungen der Art. 39, 137 u. 142 lassen keinen Zweifel darüber bestehen. Was für Rechte eine solche Verfügung gewährte, ist im Gesetzbuche auch bestimmt. Auf Grund der benannten Bestimmungen läßt sich auch die juristische Natur der königlichen Gewalt erkennen. Bei den Autoren, die das Gesetzbuch des Duschan behandelt haben, ist diese Frage fast unberührt geblieben. Nur Nowakowitsch hat in einer Studie[4]) bei der Darlegung der Grundbesitzverhältnisse im allgemeinen auch die könig-

[4]) Ueber den Unterschied zwischen den Erbgütern und Soldgütern im alten serbischen Staate (pronijari i baschtinizi). Belgrad 1892 (serbisch).

lichen Rechte berührt. Nach ihm soll das ganze Land unter den König, die Adeligen und die Kirchen und Klöster verteilt gewesen sein. Die juristische Konstruktion des Verhältnisses, in welchem diese drei Machtfaktoren dem Grund und Boden gegenüberstanden, hat Nowakowitsch nicht näher untersucht, aber daraus, daß er alle drei Faktoren auf gleichen Fuß stellt, ließe es sich schließen, daß er die Befugnisse des Königs von denen der Adeligen und der Kirche nicht unterscheidet. Er führt nämlich aus, daß die Güter, die dem Kaiser, resp. dem König, gehören, in zwei Gruppen zerfallen: die Güter, die dem Könige als einem Adeligen, und zwar dem obersten Adeligen, zustehen, die Güter, die man eigentlich als Privatvermögen der kaiserlichen Familie bezeichnen könnte. Das sind sogenannte Krongüter. Sie haben dieselbe rechtliche Stellung wie die Güter der Adeligen, von denen erst nachstehend die Rede sein wird. Die zweite Gruppe bilden die Güter, die weder der Kirche noch einem Adeligen zustehen. Die Gewalt des Königs erstreckte sich ohne weiteres auf alle solche Güter, die keinen unmittelbaren Grundherrn hatten. Dies ist die eigentliche königliche Macht über den Grund und Boden, denn auf Grund der Befugnisse, die diese Macht enthält, verfügt der Herrscher mit solchen Gütern zu Gunsten der Adeligen oder der Kirchen.

Im allgemeinen sind diese Ausführungen richtig und werden durch die vorhandenen Quellen bestätigt. Nur den Kern der Frage hat Nowakowitsch umgangen, nämlich, ob die Gewalt des Königs über diese Grundstücke mit der der Adeligen identisch ist. Aus seinen weiteren Ausführungen, daß im Falle einer solchen Verfügung die Befugnisse des Königs in ihrem vollen Inhalte auf die Beschenkten übertragen werden, muß man schließen, daß Nowakowitsch diese zwei Gewalten als identisch betrachtet. Er setzt auch voraus, daß die Macht des Königs, wie die der Adeligen und der Kirche eine privatrechtliche ist. Der König kann frei über den Grund und Boden verfügen, weil derselbe ihm zu Eigentum gehört. So klar

sagt er das zwar nicht, aber zu diesem Schlusse kommt man, wenn man seine Darlegungen juristisch ausdrücken will.

Diese Annahme, daß die königliche Gewalt zur Zeit des Duschan eine privatrechtliche war, muß unbedingt als unrichtig verworfen werden. Keine Bestimmung des Gesetzbuches gibt Anlaß zu der Annahme, daß der König die Eigentumsrechte über die Güter besitzt und im Falle der Verfügung diese Rechte auf die anderen überträgt. Im Gegenteil weisen alle einschlägigen Bestimmungen des Gesetzbuches auf die öffentlich-rechtliche Natur der königlichen Gewalt hin. Der König übt, wenn er über die Grundstücke verfügt, eine Macht, die als Ausfluß seiner Hoheitsrechte anzusehen ist. Dafür ist der Inhalt der königlichen Verfügungen der beste Beweis. Durch einen solchen Akt ermächtigt der Herrscher den Adeligen oder die Kirche, in gewissen Beziehungen den Bauern gegenüber an seine Stelle zu treten und als ihr Gutsherr die öffentlich-rechtlichen Rechte auszuüben. Wie Nowakowitsch selbst sagt, werden mit einer solchen Verfügung die Rechte der Ansiedler, die die Güter bewirtschaften, gar nicht berührt. Sie bleiben auch fortan die ausschließlichen Eigentümer der besessenen Grundstücke. Eine Aenderung tritt nun insofern ein, als sie jetzt statt an den Kaiser, an diese beschenkte Person gewisse Abgaben leisten müssen. Daraus ist ersichtlich, daß von einem Eigentumsrechte des Herrschers gar nicht die Rede sein kann. Die Könige, resp. die Kaiser, hatten die Hoheitsrechte, die übrigens für sie viel wichtiger waren. Auf Grund dieser Hoheitsrechte konnten sie ihre Verfügung widerrufen und die Adeligen ihrer Stellung entheben. Dieses Recht gewährt ihnen ausdrücklich Art. 142, welcher bestimmt, daß ein Adeliger, wenn er in der Ausübung der Gutsgewalt seine Stellung mißbraucht, seiner Rechte für verlustig erklärt werden kann. Außerdem ist er in solchem Falle verpflichtet, allen durch seine unrechtmäßige Handlung entstandenen Schaden zu ersetzen. Einen ähnlichen Fall sieht Art. 17 vor, wo von einem Mißbrauch der Einquartierungsrechte der Adeligen die Rede

ist. Das Privateigentum war dagegen vor dem Kaiser selbst beschützt, wie es in dem schon oben zitierten Art. 43 ausdrücklich gesagt wird. Der Schlußsatz des Art. 142, wo von der Schadenersatzpflicht der Adeligen die Rede ist, ist auch ein Beweis für unsere Behauptung, da im Falle der Enthebung eines Adeligen sein Privatvermögen unberührt bleibt und nur ausnahmsweise, wenn die Schadenersatzpflicht entstanden ist, soll das Privatvermögen zur Tilgung des Schadens verwendet werden.

Mit der Annahme, daß die Gewalt des Herrschers über den Grund und Boden nur als ein Ausfluß der königlichen Hoheitsrechte anzusehen ist, entsteht die weitere Frage über den Inhalt jener Gewalt. Einen Anhaltspunkt zur Lösung dieser Frage bieten mehrere Artikel des Gesetzbuches, welche bestimmen, daß alle Grundbesitzer gewisse Abgaben an die Könige leisten müssen. Die Grundbesitzer sind also verpflichtet, einen gesetzlich festgesetzten Teil der Erträge ihrer Wirtschaft dem königlichen Vermögen zuzuwenden. Diese Verpflichtung der Grundbesitzer besteht aber nicht deshalb, weil die Grundbesitzer etwa mit dem Herrscher in einem privatrechtlichen Verhältnisse ständen, sondern weil der Herrscher die oberste Gewalt über das Territorium hatte. Die Ansprüche auf Leistung von Abgaben machen also den Inhalt der königlichen Gewalt über den Grund und Boden aus. In dieser Beziehung wird unterschieden zwischen den Gütern der Kirchen und Klöster, der Adeligen und der Bauern. Die Adeligen und die Geistlichen sind grundsätzlich von allen Abgaben befreit. Dafür aber liegt den Adeligen, welche Grundbesitzer sind, eine schwierigere Pflicht ob, nämlich die Heerespflicht. Darüber wird nachstehend die Rede sein. Ausnahmsweise sind die Adeligen und die Geistlichen verpflichtet, eine Art von Abgaben zu leisten, sogenannte kaiserliche Abgaben, die in ihrer Gesamtheit das kaiserliche Einkommen bildeten. Die Verpflichtung zur Leistung von Abgaben dieser Art lag allen Grundbesitzern ob, ohne Rücksicht darauf, ob die Güter einem

Adeligen oder einem Geistlichen oder einem gewöhnlichen Bauern gehörten.

Ueber die kaiserlichen Abgaben enthält Art. 198 ausführliche Bestimmungen. Danach mußte jeder Grundeigentümer ein Modium Getreide, halb rein, halb mittelgut, zu zwei Jahresfristen, im Frühling zu Ostern und im Herbst am Tage des hl. Demetrius, oder wenn die Leistung in natura nicht paßte, ein Perpergeld geben[5]). Im Schlußsatze des Artikels ist auch die Strafe vorgeschrieben für den Fall, daß ein Grundeigentümer seinen Verpflichtungen nicht nachkommt. Daraus ist auch ersichtlich, daß das Recht der Könige auf öffentlichrechtlicher Grundlage beruhte. Indes wird eben die Grundsteuer, die an die Könige geleistet werden mußte, von manchen Autoren als Beweis dafür angeführt, daß der Grund und Boden im Privateigentum des Herrschers war. Nach ihnen soll diese Steuer zum Zwecke der Kennzeichnung des Eigentumsrechtes des Königs eingeführt worden sein. Diese Auffassung ist unhaltbar. Der Zweck der Steuern war ein ganz anderer. Die Entstehung der Grundsteuern kann unmöglich so gedacht werden, daß der Herrscher ein Stück Land an einen Untertan veräußerte, mit der Vereinbarung, daß ein Teil der Erträge ihm zufällt. Wenn die Sache so läge, dann müßte das Rechtsverhältnis zwischen dem Herrscher und dem Grundeigentümer als ein vertragliches, d. h. privatrechtliches angesehen werden. Daß eine solche Konstruktion den Tatsachen nicht entspricht, ist oben schon dargelegt.

Im übrigen muß hier die nähere Untersuchung über die Entstehung der Grundabgaben unterbleiben, wie auch die Forschung, ob diese Abgaben auch vor dem Erlassen des Gesetzbuches Duschans gewohnheitsrechtlich oder gesetzlich geregelt waren. Alles das gehört nicht zu unserer Studie. Es kann doch nur so viel hervorgehoben werden, daß allem An-

---

[5]) Ein Perper betrug nach heutiger Währung 6 Francs (Cibrario: Économie politique du moyen âge, II, p. 231).

scheine nach gewisse Willkürlichkeit zur Zeit vor dem Gesetzbuche herrschte, so daß sich der Kaiser veranlaßt fühlte, diesem Rechte gesetzliche Schranken anzulegen. Er tat es, indem er genau vorschrieb, was an den König und was an den Gutsherrn seitens der Bauern geleistet werden mußte. Die gesetzliche Regelung aber dieser Pflicht spricht auch dafür, daß es sich hier nicht um die Vertragsrechte, sondern um die Macht des Herrschers über die Untertanen handelt.

b) Die Adeligen und ihr Grundbesitz.

Die rechtliche Stellung der Adeligen (vlastelin, plur. vlastela) bezüglich des Grund und Bodens ist äußerst verwickelt. Die einschlägigen Bestimmungen des Gesetzbuches sind ziemlich unklar und lassen sich miteinander nicht leicht in Einklang bringen. Viele Fragen können hier nur mit Zuhilfenahme anderer Quellen entschieden werden. An erster Stelle ist der Unterschied zwischen den baschtinizi und pronijari darzulegen. Dies waren zwei Gruppen von Adeligen, die sich aber keinesfalls ausschloßen, da ein pronijar zu gleicher Zeit auch ein baschtinik sein konnte, wie er es auch tatsächlich war. Der Unterschied bestand hauptsächlich in der Natur ihres Rechtes an Grund und Boden. Ein baschtinik war jener Adelige, welcher ein Gut zu Eigentum besaß. Sein Gut war Erbgut. Er konnte mit ihm frei verfügen: er konnte es veräußern, schenken oder seinen Nachkommen als Erbe zurücklassen. Ein solches Gut hieß baschtina (plur. baschtine) und sein Besitzer baschtinik. Es ist nichts anderes als mittelalterliches Allodium, alleu in westeuropäischen Staaten. Ein pronijar (plur. pronijari) war dagegen ein Nutznießer. Sein Gut war sogenanntes Soldgut. Es war ihm nur zur Nutzung und Verwaltung für einen bestimmten Zeitraum überlassen, und zwar als Lohn für Leistung von Kriegs- oder anderen Arten von Diensten. Beide Gruppen werden getrennt behandelt werden.

1. Baschtinizi.

Regelmäßig war jeder Adelige auch baschtinik. Die baschtina bot ihm und seiner Familie den Unterhalt. Die Adeligen stellten im alten serbischen Staate den mächtigsten Stand dar. Sie waren die Berater des Königs in allen wichtigen Staatsangelegenheiten. Ihre hohe Stellung hing auch mit ihrem Reichtum zusammen. Der Grund und Boden, damals die alleinige Quelle des Reichtums, war in ihrem Besitz. Die Art und Weise, wie ein Adeliger ein Gut — baschtina — erwarb, war eine zwiefache. Man war baschtinik entweder als Erbe eines baschtinik, da die baschtina vererbliches Eigentumsrecht gewährte, oder man wurde baschtinik durch einen Verleihungsakt des Königs. Dieser Akt wurde nach dem griechischen Vorbilde hrissovulj (χρυσόβουλλον) genannt.

Ueber die erste Erwerbsart, durch Erbfolge, kann kein Zweifel bestehen. Daß die baschtina ein Erbgut war, ist unbestritten. Das Gesetzbuch des Duschan setzt es in vielen Bestimmungen voraus, in einer Bestimmung sagt es es sogar ausdrücklich. Das ist Art. 41, welcher sich auf die Erbfolge bezieht. Er bestimmt, daß die baschtina beschränkt erblich ist, und zwar nur bis zu den Vettern dritten Grades. Wenn keine solche Verwandten vorhanden sind, geht die baschtina vermutlich (das Gesetzbuch schweigt) auf den König über. Mit dem Art. 41 steht im Zusammenhange Art. 48, welcher lautet: „Nach dem Tode des Adeligen geht sein Schlachtroß mit seinen Waffen in das Eigentum des Kaisers über; das große Adelskleid mit dem Gürtel bleibt dagegen dem Sohne. Falls er aber keinen Sohn hat, gehören diese Sachen der Tochter, die mit ihnen frei verfügen darf."

Die Art. 41 und 48 sind die einzigen Bestimmungen erbrechtlichen Charakters. Die anderen Rechtsquellen enthalten ebenso sehr wenige Angaben über die Erbfolge. Für uns war es nur wichtig, festzustellen, daß die baschtine vererbliche Güter waren, und aus den zitierten Artikeln geht es zweifel-

los hervor. Wie sich aber die Erbfolge im einzelnen gestaltete, ist die Frage, die außerhalb des Rahmens unserer Studie steht. Es ist vielleicht doch von Interesse, hervorzuheben, daß die Quellen, soweit sie überhaupt erbrechtliche Normen enthalten, keinen Anlaß geben zu der Annahme, daß die Mannspersonen den Vorrang oder etwa ausschließliches Erbrecht hatten. Ebenso besteht keine Spur von dem Majorats- oder Senioratsprinzip oder dem Prinzip der Primogenitur [6]).

Ein baschtinik konnte man auch durch einen königlichen Akt werden. Der König konnte kraft seiner Hoheitsrechte ein Stück Land einem Adeligen zu Eigentum (u baschtinu) verleihen. Solche Verfügungen betrafen nur dasjenige Land, das keinem anderen Adeligen als Erbgut gehörte. Ueber diese zweite Erwerbsart von Gütern enthält das Gesetzbuch in Art. 39 und 40 ausdrückliche Bestimmungen. Im Art. 39 werden alle Urkunden bestätigt, die der Kaiser oder ein früherer König über die Verleihung von baschtine ausgestellt hatte, vorausgesetzt, daß sich die betreffenden Güter zur Zeit des Erlassens des Gesetzbuches im Besitz der Beliehenen befinden. Die Rechte der baschtinizi wurden dadurch nochmals gesetzlich bestätigt. Im Art. 40 wird die vorangehende Bestimmung wiederholt und dahin erweitert, daß alle künftigen Verleihungen seitens des Kaisers als vollwirksam erklärt werden, und den Beliehenen wird das Recht eingeräumt, mit solchen Gütern nach Belieben verfügen zu dürfen.

---

[6]) St. Nowakowitsch, Das Gesetzbuch des Stephan Duschan, S. 173. Nach dem geltenden Rechte in Serbien haben beim Erbanfall die männlichen Nachkommen den Vorrang. Soweit ein Sohn vorhanden ist, sind die Töchter von der Erbschaft ausgeschlossen. Sie haben nur das Recht auf Unterhaltung und, wenn sie heiraten, das Recht auf anständige Aussteuer (§§ 396—399 des serbischen B.G.B.) Dieses Prinzip ist durch das ganze Erbsystem konsequent durchgeführt. Es steht aber in keinem Zusammenhang mit den Grundsätzen des ehemaligen Erbrechtes und wurde von den Redaktoren des B.G.B. aus Gründen ökonomisch-politischer Natur angenommen, entsprechend dem Gewohnheitsrechte, das zur Zeit des Entwerfens des B.G.B. (1844) dieselbe Tendenz zeigte.

Im Art. 134 sind die Gebühren für die Ausgabe von Urkunden vorgeschrieben. Sie betrugen 30 Perper, wenn nur ein Dorf gegeben, und 30 Perper für jedes Dorf, wenn ganze zupa — bestehend aus mehreren Dörfern — verliehen wurde. Beide Gebühren wurden an den Logophet — eine Art Staatskanzler — entrichtet. Außerdem mußte man dem Schreiber 6 Perper zahlen. Diese Bestimmung sagt nichts über die Art der Uebertragung einer solchen, durch königlichen Akt — hrissovulj — erworbenen baschtina. Es fragt sich, ob die Uebertragung auch in solchem Falle beurkundet werden muß. Daß die Uebertragungen möglich und zulässig waren, ist fragelos, nur geschahen sie mehr in der Form einer Schenkung als auf Grund eines Rechtsgeschäftes. Die Immobiliargeschäfte, sofern sie sich auf die baschtine der Adeligen bezogen, waren sehr selten. Vermutlich sollte auch die Uebertragung der baschtina auf einen anderen baschtinik ebenso beurkundet werden, und zwar unter Mitwirkung der Staatsorgane, obgleich das Gesetzbuch keine Bestimmung in diesem Sinne trifft [7]).

Eine baschtina konnte sehr umfassend sein. Ihr Gegenstand waren nicht nur einzelne Grundstücke, sondern auch ganze Dörfer. Dies war regelmäßig der Fall, wenn ein Mitglied des hohen Adels baschtinik war. Ausnahmsweise besaßen die Adeligen nur einzelne Güter. Das waren die vlasteličići — die Mitglieder des niederen Adels. Ihr Recht war echtes Eigentumsrecht, während man bei den Mitgliedern des hohen Adels mit zwei Arten von Rechten zu tun hat. Wenn der Kaiser einem Adeligen eine große baschtina, die mehrere Dörfer umfaßte, verlieh, so erwarb der baschtinik das Eigentum nur an jenem Land, das er selbst in Besitz nahm. Dieses Land ward sein Gut im engeren Sinne des Wortes, dessen Bewirtschaftung er selbst besorgte. Das übrige

---

[7]) Derselben Ansicht Nowakowitsch in seinem Werke: Das Dorf im alten serbischen Staate, 1891, S. 17.

Land, bewohnt gewöhnlich von den Bauern, wurde durch den Verleihungsakt des Königs nur mittelbar betroffen. Die Frage, ob sich das Recht des baschtinik über dieses Land auch als Eigentumsrecht konstruieren läßt, ist schwer bejahend zu beantworten. Das Recht eines baschtinik, zumal eines Adeligen, war damals nicht rein privatrechtlicher, sondern in gewissem Maße auch öffentlich-rechtlicher Natur. Um dieses Recht besser verstehen zu können, muß man zwischen zwei Gruppen von Grundstücken unterscheiden. Die erste Gruppe bilden die Grundstücke, die sich im Besitz des Adeligen selbst befinden. Die Bewirtschaftung solches Bodens leitet er selbst mit Hilfe von Knechten und Bauern, die verpflichtet waren, solche Arbeitsdienste zu leisten. Das Recht des Adeligen in diesem Falle ist zweifellos Eigentumsrecht. Die zweite Gruppe bilden die Grundstücke, die sich im Besitz von freien, aber an die Scholle gebundenen Bauern befinden. An solchen Grundstücken besteht nebst den Rechten der Bauern auch das Recht des Adeligen als Gutsherrn. Die unmittelbaren Besitzer des Bodens sind die Bauern, nicht der Adelige. Die juristische Konstruktion seines Verhältnisses könnte eine zwiefache sein. Entweder ist der Adelige auch dann Eigentümer, wenn sich das Land im fremden Besitze befindet, so daß der Fremdbesitzer — der Bauer — das Grundstück nur kraft eines Schuldverhältnisses hält — das Schuldverhältnis würden wir als Erbpachtverhältnis auffassen —, oder ist der Eigentümer der unmittelbar besitzende Bauer, nur ist sein Eigentum insofern beschränkt, als bestimmte Lasten zu Gunsten des Gutsherrn auf ihm beruhen. Diese Lasten wären dinglicher Natur und hafteten immer auf dem Grundstücke, in wessen Händen es sich befinden mag. Der jeweilige Eigentümer des Grundstückes ist verpflichtet, die Rechte des Gutsherrn zu respektieren und dafür zu sorgen, daß alles geleistet wird, was den Inhalt der gutsherrlichen Rechte ausmacht. Die zweite Solution scheint uns die richtigere zu sein. Ein Adeliger hatte das Recht auf Arbeits- und Ertragsleistungen nicht deshalb, weil er einen privatrechtlichen

Vertrag mit den Bauern geschlossen hätte, so daß diese vertragsgemäß verpflichtet wären, Arbeits- und andere Dienste zu leisten, sondern weil er auch wie ein administratives Organ, in Vertretung des Herrschers, funktionierte, so daß die Bauern öffentlichrechtlich gebunden waren. Sie konnten ein freies Grundstück in Besitz nehmen, aber dadurch unterstellten sie sich entweder der Macht des Adeligen, welchem das betreffende Grundstück als baschtina zustand, oder der Macht des Königs, falls das Land keinem Adeligen gehörte.

2. Pronijari.

Der Name pronijar rührt vom griechischen Worte πρόνοια, die Sorge, die Verwaltung, woher auch das Recht jener Adeligen, denen das Land nur zur Nutzung und Verwaltung gegeben wurde, pronija, der Berechtigte aber pronijar genannt wurde. Dieses Institut entspricht dem römischen und mittelalterlichen Benefizialwesen. Eine pronija des serbischen und byzantinischen Rechts war eigentlich ein Benefizialgut. In den Benefizialgütern liegen die Keime des später entwickelten Lehenswesens. Das Lehenswesen hat sich aber weder in Byzanz[8]) noch im alten Serbien entwickelt. Obgleich die Pronijalgüter verbreitet waren, stellten sie doch eine Ausnahme im Grundbesitz dar. Regelmäßig besaß man ein Gut als Erbgut, nicht als Soldgut. Die Begriffe des Individualeigentums in der Form der Erbgüter — baschtine — waren so stark, daß die totale Umwandlung der Erbgüter in die Soldgüter, und somit die Umwandlung der unabhängigen baschtinizi in die abhängigen Vasallen kaum möglich war.

Wie gesagt, beruhte die Entstehung der pronija auf einem königlichen Akt. Wenn der König einen Adeligen für erwiesene Dienste belohnen wollte, so verlieh er ihm große Güter zur Verwaltung oder Nutznießung. Solche Belohnungen

---

[8]) Lingenthal, op. cit. S. 261.

in natura waren im Mittelalter im ganzen Europa üblich. Die königliche Verfügung betraf selbstverständlich nur freies Land, d. h. dasjenige Land, das keinem anderen Adeligen als Erbgut zustand. Durch diesen Akt ermächtigte der König den pronijar, bestimmte Abgaben von den Bauern verlangen zu dürfen. Die Bauern waren dann verpflichtet, diese Abgaben an den pronijar statt an den König zu leisten. Die rechtliche Stellung der Bauern blieb dadurch unberührt. Sie hatten in solchem Falle vor sich statt den König, seinen Vertreter, den pronijar.

Die Befugnisse des pronijar waren auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt; gewöhnlich dauerten sie solange der Berechtigte am Leben war, so daß nach seinem Tode das Land wieder frei wurde, und der König konnte es an einen anderen pronijar begeben. Das Recht des pronijar war also nicht vererblich. Das Gesetzbuch enthält zwar keine ausdrückliche Bestimmung in diesem Sinne, aber aus der Natur des Institutes läßt es sich schließen, daß ein Pronijarrecht ein rein persönliches, unvererbliches und unübertragbares Recht war. Der Herrscher hatte vom pronijar bestimmte Dienste, vornehmlich Heeresdienste und administrative Dienste zu erwarten. Die pronijari waren wie eine Art von Staatsbeamten, deren Gehalt die pronija darstellte. Demgemäß sollte die pronija nur so lange dauern, bis die Dienste tatsächlich geleistet wurden. Nach ihrem Fortfall, z. B. im Falle des Todes des pronijar, gab es keinen Grund mehr, der Familie diejenigen Rechte zu gewähren, die der Gestorbene hatte, da die Familie in den meisten Fällen nicht im stande wäre, dieselben Dienste zu leisten.

Das Gesetzbuch bestimmt indes ausdrücklich im Art. 59, daß die pronija unübertragbar ist. In diesem Artikel ist vorgeschrieben, daß ein pronijar, solange er pronijar ist und kein baschtinik, über sein Recht nicht verfügen darf; er darf nämlich das Gut nicht verkaufen und niemand darf es kaufen. Ebensowenig darf er es einer Kirche vermachen, und

wenn er das doch tut, so ist seine Willenserklärung unwirksam. Diese Vorschrift kann auch als Beweis dafür verwendet werden, daß die pronija ein unvererbliches Gut war. Warum sollte sonst ihre Uebertragung verboten werden? Man kann nicht annehmen, daß der Gesetzgeber den Zweck verfolgte, bestimmtes Gut in einer Familie zu erhalten, da ein solches Bestreben des Gesetzgebers eher bei den Erbgütern zu erwarten wäre als bei den Soldgütern. Das Bestreben des Gesetzgebers ging zweifellos nur dahin, alle Pronijalgüter als solche zu erhalten, damit sie sich der Macht des Herrschers nicht entziehen können.

Was die Pflichten des pronijar dem Herrscher gegenüber anbelangt, so enthält das Gesetzbuch keine Bestimmung darüber. Einige Artikel des Gesetzbuches enthalten etwas über die öffentlichen Pflichten derjenigen Adeligen, deren Güter an der Grenze lagen. Eine solche Grenzmark hieß krajischte (Art. 145) und der Markgraf krajischnik. Nach den Art. 49 und 143 lag den Markgrafen die Pflicht ob, für die Sicherheit in den Grenzmarken zu sorgen. Die Nichterfüllung dieser Pflicht hatte für sie schwere Folgen. Wenn durch ihre Fahrlässigkeit oder Unfähigkeit die Grenzländer geplündert wurden, so mußten sie allen daraus entstandenen Schaden ersetzen [9]). Ob eine solche Pflicht auch für alle pronijari bestanden hat, ist zweifelhaft. Es ist viel wahrscheinlicher, daß die pronijari keine besonderen Pflichten hatten, außer denen, die jeder Adelige erfüllen mußte, und daß die pronija ihnen deshalb verliehen wurde, weil sie gewisse Dienste dem König oder dem Staate schon geleistet hatten.

Die Rechte der pronijari waren dagegen gesetzlich festgesetzt. Ein pronijar konnte von den Bauern nur jene Abgaben verlangen, die im Gesetzbuche vorgeschrieben waren. Auf diese Weise wurde jede Willkürlichkeit in den Verhältnissen der Bauern zu den pronijari vollständig beseitigt.

---

[9]) Nowakowitsch, Pronijari und baschtinizi, S. 5 ff.

Die pronijari standen in dieser Hinsicht auch unter der Kontrolle des Königs. Wenn ein pronijar bei der Ausübung seiner Rechte die gesetzlichen Schranken übertrat, so konnte er seiner Stellung und seiner Rechte enthoben werden. Für verübte Verbrechen konnte er auch strafrechtlich verfolgt werden.

Ueber die einzelnen Rechte des pronijar enthält Art. 68 eine ausführliche Bestimmung. Danach sind alle Bauern — meropassi — verpflichtet, zwei Tage in der Woche dem pronijar die Landarbeiten zu machen und einen Perper jährlich zu bezahlen. Weiter mußten alle Bauern gemeinsam einen Tag das Heu mähen und einen Tag im Weinberg arbeiten. Wenn der pronijar keinen Weinberg hatte, mußten sie statt dessen andere Landarbeiten machen.

Es ist oben schon angedeutet worden, daß das Gesetzbuch nichts bestimmt über die Abgaben, die die Bauern einem baschtinik leisten mußten. Die Macht der baschtinizi war doch nicht unbeschränkt, denn obgleich das Gesetzbuch darüber schweigt, so ist aus den anderen Quellen ersichtlich, daß sie beschränkt war. So findet man in einigen königlichen Akten — hrissovulji — über die Verleihung von Gütern an die Kirchen und Klöster nähere Angaben über das, was die Bauern an Arbeits- und anderen Diensten leisten mußten, wenn sie auf solchen in baschtina verliehenen Gütern angesiedelt waren. Dieselben Leistungen lagen den Bauern zweifellos auch dann ob, wenn das Gut nicht einer Kirche oder einem Kloster, sondern einem Adeligen als Erbgut gehörte. Der Vergleich dieser Leistungen aber mit denen aus Art. 68 bezüglich der Pronijalgüter zeigt, daß in dieser Hinsicht kein Unterschied zwischen den Rechten der baschtinizi und pronijari bestand.

Ein Pronijalgut konnte in eine baschtina verwandelt werden. Durch Ersitzung konnte es nicht geschehen, sondern einzig und ausschließlich durch einen Akt des Königs. Dadurch erwarb der pronijar alle Rechte eines baschtinik, in

erster Reihe das Recht, mit seinem Gute frei verfügen zu dürfen. Das Gut war jetzt Erbgut und nicht mehr Soldgut.

In einem Artikel (106) des Gesetzbuches wird das Wort pronijarewitsch gebraucht, das nach den Regeln der serbischen Sprache einen kleinen pronijar bezeichnen soll. Nowakowitsch[10]) meint, daß unter pronijarewitschi solche kleinen Adeligen zu verstehen wären, die am Hofe eines hohen Adeligen seßhaft waren und denen ein Stück Land vom Herrn zur Nutzung überlassen wurde. Als Gegenleistung dafür sollen sie verpflichtet gewesen sein, verschiedene Dienste, in erster Reihe Heeresdienste, zu leisten. Aehnliche Verhältnisse sollen sich auch auf den Kirchengütern befunden haben. Die Kirche gab das Land den Bauern zur Verwaltung, mit der Verabredung, daß die Bauern alle Arbeitsdienste leisten, die für die Bewirtschaftung des übrigen Kirchenlandes nötig waren. Dadurch würde die pronija auch den Charakter der Pacht gewonnen haben. Ob diese Auffassung richtig ist, läßt sich nicht mit Bestimmtheit sagen, da die Verhältnisse dieser Art am wenigsten aufgeklärt sind, und die Quellen sind bei den einschlägigen Fragen am lückenhaftesten.

c) Die Kirchengüter.

Die Kirche mit ihren Organen war im alten serbischen Staate ein ebenso mächtiger Faktor wie die Adeligen. Die Könige erachteten es als ihre erste Pflicht, nach dem griechischen Vorbilde durch große Stiftungen an die Kirchen und Klöster die Stärkung und Verbreitung des Christentums zu erleichtern und dadurch die soziale Stellung der Geistlichen zu erheben. Die Kirchengüter hatten in der Ordnung der Bodenverhältnisse eine besondere Stellung. Ihre Stellung ist mit der Stellung der Erbgüter — baschtine — der Adeligen sehr ähnlich, aber nicht identisch. Die vollständige Gleich-

---

[10]) op. cit. S. 33.

stellung dieser zwei Arten von Gütern wäre aus den alsdann zu erwähnenden Gründen nicht zu empfehlen. Der Unterschied besteht zunächst in der Person des Gutsherrn. Wenn eine Kirche oder ein Kloster, deren Zahl übrigens ziemlich groß war, ein Gut als baschtina hatte, so könnte dieses Gut nicht als Erbgut bezeichnet werden, da es immer einer und derselben Person gehören sollte, nämlich der juristischen Person der betreffenden Kirche oder des betreffenden Klosters. Die Rechte der Kirche auf dieses Gut waren also nicht vererblich im gewöhnlichen Sinne des Wortes, da die Person der Kirche immer fortdauerte. Die Natur des Rechtes war aber dieselbe. Wie bei den Adeligen, so verhält es sich auch bei den Kirchen. Es wird nämlich auch hier zu unterscheiden sein zwischen jenem Boden, den die Organe der Kirche selbst bewirtschafteten, und dem Boden, der im Besitz der Bauern war. Die erste Art des Bodens war eine Ausnahme. Das Recht der Kirche an solchem Boden ist als Eigentumsrecht zu konstruieren. Der größte Teil des Kirchenbodens lag dagegen in den Bauernhänden. Die Rechte der Kirche beschränkten sich in solchem Falle auf dingliche Ansprüche derselben Art wie bei den Adeligen.

Der weitere Unterschied besteht in der Stellung der Bauern. Die Bauern auf den Kirchengütern waren ebenso wie die Bauern auf den Gütern der Adeligen von allen großen und kleinen Abgaben in natura befreit, nach dem Wortlaut des Art. 29. Die Befreiung war indes nur scheinbar, da die Bauern jetzt dieselben Abgaben an die Kirchen leisten mußten, statt an den Kaiser resp. den König. Die kaiserlichen Abgaben waren entweder ständige, wie die im Art. 68 für die Pronijalgüter, oder zufällige, von Zeit zu Zeit wiederkehrende, auf besondere Anordnung des Kaisers zu leistende Landarbeiten. Die Bauern auf den Kirchengütern waren wenigstens von den Abgaben letzter Art befreit.

Die Ansiedler der Kirchengüter genossen aber ein Privilegium, das den übrigen Bauern nicht erteilt wurde. Nach

dem Art. 23 waren sie von der Naturalabgabe in der Form der Beförderung von Staats-, Städte- und Heeressachen, von einem Orte bis zum Nachbarorte befreit, während die Bauern von den Gütern der Adeligen diese Last ertragen mußten. Ausnahmsweise besteht diese Beförderungspflicht auch für die Kirchengüter, wenn es sich um die Sachen des Kaisers handelt, und zwar wenn der Kaiser eine Reise durch das Land macht. Alsdann mußte sein Gepäck von allen Bauern ohne Unterschied übertragen werden. Ein ähnliches Privilegium ist im Art. 38 vorgeschrieben, wonach die Kirchengüter von der Pflicht befreit waren, für die Pflege der königlichen Pferde und Füllen zu sorgen.

Daß die Stellung der Ansiedler auf den Kirchengütern auch bezüglich der Heeresdienste günstiger war, ist unserer Ansicht nach nicht richtig. Im Art. 42 wird bestimmt, daß die baschtinizi von den Heerespflichten nicht befreit sind. Im Art. 34 wird dagegen für die Kirchengüter solche Pflicht nicht statuiert, so daß manche Autoren daraus schließen, daß die Bauern auf den Kirchengütern keine Heeresdienste zu leisten haben. Solche Auslegung finden wir unrichtig. Art. 42 betrifft die Pflicht der Adeligen, sogenannte qualifizierte Heeresdienste, nämlich Reiterdienste, zu eigenen Kosten zu leisten, während die Heerespflicht zu Fuß eine allgemeine Untertanenpflicht war.

Die auf den Kirchengütern ansässigen Bauern waren also verpflichtet, nur für die Kirche zu arbeiten. Ueber die einzelnen Leistungen enthält das Gesetzbuch keine Angaben, aber aus den königlichen Verleihungsakten — hrissovulji — geht deutlich hervor, daß es sich auch hier um dieselben Leistungen handelt, die im Art. 68 für die Bauern — meropassi — der pronijari bestimmt waren. Das Gesetzbuch wollte die Bauern von den Doppelabgaben vollständig schützen, und um dies zu erzielen, hat es im Art. 34 schwere Strafe vorgeschrieben für den Fall, daß die Bauern auch zu anderen Leistungen, die der Kirche nicht galten, gezwungen werden.

Unabhängig von den Kirchengütern, d. h. von den Gütern, die einer Kirche als juristischer Person gehörten, bestanden auch die Privatgüter einzelner Geistlichen. Art. 31 schreibt vor, daß alle Pfarrer, die ein Gut erworben haben, auch weiter Eigentümer bleiben sollen, und zwar mit einer großen Begünstigung. Sie sind von allen Abgaben und Arbeitsdiensten befreit. Mit diesen Gütern konnten sie nach Belieben verfügen. Wenn ein Pfarrer aber kein Grundstück hatte, so gewährte ihm das Gesetzbuch das Recht auf drei Acker Land, mit demselben Privilegium der Befreiung von allen Lasten. Ein Pfarrer konnte auch mehr Land in Besitz nehmen, aber für dieses Plus unterlag er allen Lasten, wie die übrigen kleinen Grundbesitzer. Die Vorschrift im Art. 31 steht im engen Zusammenhang mit dem Art. 65, welcher ebenso bestimmt, daß ein Pfarrer, der keinen Boden besitzt, drei Acker Land bekommen soll. Es wird weiter die Pflicht des Gutsherrn statuiert, für den Unterhalt des Pfarrers sorgen zu müssen. Wenn der Gutsherr dieser Pflicht nicht genügt, auch nicht auf die Mahnung des Bischofs, steht es dem Geistlichen frei, das Gut zu verlassen. Wenn der Pfarrer aber ein eigenes Gut hat und ist demnach auf die Hingabe des Adeligen nicht angewiesen, so ist er vom Gutsherrn ganz unabhängig. Von einer Vertreibung vom Gute kann in solchem Falle nicht die Rede sein. Den scheinbaren Widerspruch zwischen diesen zwei Bestimmungen sucht Nowakowitsch[11]) durch die Annahme zu beseitigen, daß sie verschiedene Fälle vor dem Auge haben. Art. 31 soll den Fall betreffen, daß am Ort, wo der Pfarrer sein Amt ausübt, eine kirchliche Gemeinde besteht, die verpflichtet ist, von ihrem Vermögen dem nichtvermögenden Geistlichen drei Acker Land zur Nutzung zu überlassen. Wenn aber der Pfarrer keiner größeren Organisation gehörte, so war die Pflicht des Gutsherrn, nach Maßgabe des Art. 65, das Land dem Pfarrer zu begeben und für den Unterhalt des Pfarrers

---

[11]) Das Gesetzbuch des Duschan, S. 165.

zu sorgen. Wir sind der Meinung, daß diese Interpretation unrichtig ist. Art. 31 bestimmt nur, daß die Pfarrer das Recht auf drei Acker Land haben, ohne die weitere Frage lösen zu wollen: Gegen wen ist das Recht des Pfarrers gerichtet, d. h. wer ist verpflichtet, dem Pfarrer das Land zu geben? Auf diese Frage gibt Art. 61 eine unzweideutige Antwort, und zwar in dem Sinne, daß derjenige Gutsherr, auf dessen Gute der Pfarrer sein Amt ausübt, das Land geben muß. Nowakowitsch ist vielleicht durch den letzten Satz des Art. 31 zum irrigen Schluß gekommen, daß, wenn die Pfarrer, falls sie mehr als drei Acker Land in Besitz nehmen, für das Plus die Abgaben an die Kirche leisten müssen, notwendigerweise auch das Land von der Kirche erhalten haben müssen. Zu Gunsten unserer Auslegung spricht auch der imperative Satz des Art. 65, wonach alle Pfarrer bei ihren Gutsherren verbleiben müssen. Wir möchten noch bemerken, daß die Quellen keine Angaben enthalten über das Vorhandensein solcher Kirchengemeinden, wie sie Nowakowitsch voraussetzt. Es gab zwar Kirchengemeinschaften, aber in der Form der Klöster, und man kann, bei der Natur des Klosterlebens, nicht annehmen, daß in solchem Falle einzelne Mitglieder der Klöster neben dem gemeinsamen Klostergute auch ihre Privatgüter haben konnten.

d) Die Bauern und ihre Beziehungen zu Grund und Boden.

Die Bauern, meropach, sebr (plur. meropassi, sebri), sind den Adeligen und Geistlichen gegenüber nicht nur als ein unprivilegierter, sondern als ein untergeordneter Stand anzusehen. Die Unterordnung ist öffentlichrechtlicher Art und spiegelt sich in der sozialen Stellung der Bauern wider, die niedriger war, als die Stellung der beiden privilegierten Stände, des Adels und Klerus. Als eine Folge ihrer politischen Minderwertigkeit ist auch die Abhängigkeit ihres Rechtes an Grund und Boden zu erklären. Der Grund und Boden lag

tatsächlich in den Händen der Bauern. Sie waren die unmittelbaren Besitzer des Landes. Der Ackerbau und die Viehzucht waren damals, nebst der Bergwerksindustrie, die vorwiegend von den Fremden, den Sachsen, betrieben wurde, die einzigen Erwerbsquellen. Von den Erträgen der Landwirtschaft lebten nicht nur die Bauern, sondern auch die privilegierten Stände. Dadurch erklärt es sich, daß das Eigentum der Bauern nicht freies Eigentum, sondern ein mit den Rechten der Gutsherren belastetes Eigentum war. Den Sinn der Beschränkung der bäuerlichen Rechte an Grund und Boden ist darin zu finden, daß die Bauern unbedingt für die Abgaben an die Gutsherren haften mußten. Das Gesetzbuch hat dies dadurch zum Ausdruck gebracht, indem es die Bauern als die an das Gut eines Adeligen oder einer Kirche gebundenen Leute behandelte. Sie durften in keinem Falle das Gut verlassen und dadurch dem Gutsherrn die Arbeitskraft entziehen. Auf diese Weise war das Einkommen des Grundherrn gesichert. Ueber das Gebundensein der Bauern an das Land enthält das Gesetzbuch im Art. 22 eine Bestimmung, wonach alle Bauern, die ihren Gutsherrn verlassen und sich anderswo angesiedelt hatten, zurückkehren müssen. Durch diese Bestimmung wurde auch gesetzlich die Pflicht der Bauern sanktioniert, auf dem Gute ihres Grundherrn verbleiben zu müssen. Das Gesetzbuch hat auch wirksame Maßnahmen getroffen, um die Bauern zu verhindern, ihre Grundherren zu verlassen. Es hat nämlich im Art. 140 das Verbot der Empfangnahme fremder Bauern ausgesprochen und die Uebertretung des Verbots mit schwerer Strafe verhängt. Das Verbot galt auch für die Mitglieder der kaiserlichen Familie, für die Adeligen, die Kirchen und ihre Vorsteher, wie auch für alle anderen Grundbesitzer. Der Uebertretende wurde wie ein Ungläubiger bestraft und sein ganzes Vermögen sollte konfisziert werden. Im Art. 141 befindet sich dasselbe Verbot für die Statthalter und Bezirksvorsteher. Nur durch einen kaiserlichen Akt, so bestimmt Art. 140 letzter Satz, konnte es einem Bauern erlaubt werden,

den bisherigen Gutsherrn zu verlassen. Es ist aber selbstverständlich und daher das Schweigen des Gesetzbuches erklärlich, daß auch mit Zustimmung des Gutsherrn ein meropach seinen bisherigen Sitz aufgeben und sich anderswo niederlassen konnte. Aus dieser kurzen Darstellung geht hervor, daß die Stellung der Bauern im alten serbischen Staate mit der Stellung der Leibeigenen im germanischen Rechte sehr ähnlich war.

Es ist schon oben ausgeführt worden, daß die Bauern verschiedene Abgaben und Arbeitsdienste an ihre Grundherren leisten mußten. Ueber diese Lasten im einzelnen wurde ebenso oben ausführlich berichtet. An dieser Stelle ist nur zu erwähnen, daß die Abgabepflicht der Bauern das erste Charakteristikum ihrer rechtlichen Stellung ist. Das zweite Merkmal liegt in der eben besprochenen Gebundenheit der Bauern an die Scholle. Das dritte charakteristische Merkmal liegt in der Beschränkung ihrer Verfügungsmacht über den besitzenden Boden. Wir haben schon dargelegt, daß die Adeligen und die Kirchen mit ihren Gütern frei verfügen durften. Grundsätzlich hatten die Bauern dieselbe Freiheit, nur mit einer kleinen Beschränkung. Denn, während ein baschtinik des privilegierten Standes sein Gut an jedwede Person veräußern konnte, war der veräußernde Bauer verpflichtet, sein Gut nur solchen Personen zu verkaufen oder zu schenken, die im stande sind, dieselben Abgaben und Arbeitsdienste zu leisten wie der Veräußerer. Das Gesetzbuch enthält darüber eine ausführliche Bestimmung im Art. 175, welcher schon früher angeführt wurde. Dieser Bestimmung gemäß können die Landbauern sowohl mit ihren Erbgütern als auch mit den durch Kauf erworbenen Gütern frei verfügen: sie können dieselben veräußern, schenken oder als Mitgift geben, nur müssen sie dafür haften, daß der Erwerber im stande sein wird, dieselben Abgaben und Arbeitsdienste zu leisten, zu denen sie dem Grundherrn verpflichtet waren. Wenn der Erwerber diese Leistungsfähigkeit nicht besitzt, ist der Veräußerungsakt nichtig und der Grundherr ist berechtigt, das Land in seinen Besitz zu nehmen. Es geht

aus der angeführten Bestimmung klar hervor, daß das Recht der Bauern an Grund und Boden ein beschränktes Eigentumsrecht war, aber nichtsdestoweniger ein Eigentumsrecht, mit welchem die Bauern nach Maßgabe der obigen Vorschrift frei verfügen durften.

Das Gesetzbuch enthält keine Vorschriften über die Form der Veräußerung. Wir sind geneigt, anzunehmen, daß auch gewohnheitsrechtlich keine Form für die Geschäfte dieser Art festgesetzt war und daß ein mündlicher Vertrag mit der darauf folgenden Uebergabe des Grundstückes genügte, um die Rechtswirkungen der Veräußerung zu erzeugen.

Abgesehen von den genannten Beschränkungen der bäuerlichen Rechte an Grund und Boden — Beschränkungen, die von der politischen Stellung der Bauern herrühren — kann man sagen, daß die Bauern, meropassi, sebri, im alten serbischen Staate ebenso Rechtssubjekte waren, wie die Mitglieder der zwei privilegierten Stände. Im privatrechtlichen Verkehr waren also die Bauern den Adeligen und den Geistlichen vollkommen gleichgestellt. Diese Gleichberechtigung spricht deutlich Art. 139 aus. In dieser Bestimmung wird nochmals gesagt, daß ein meropach nur diejenigen Abgaben und Arbeitsdienste leisten soll, die im Gesetzbuche festgesetzt sind. Wenn aber der Gutsherr etwas mehr verlangt, so kann der Bauer eine Klage gegen ihn richten. In solchem Falle werden die Richter ausdrücklich angewiesen, nur nach dem Gesetze ihre Entscheidung zu treffen, und wenn es erwiesen wird, daß der Gutsherr seine Befugnisse überschritten hat, so daß das Urteil zu seinen Ungunsten lauten muß, wird den Richtern nebst der Urteilsfällung auch die Pflicht auferlegt, für die gehörige Vollstreckung des Urteils zu sorgen. Diese Bestimmung hat zweifellos die Stellung der Bauern befestigt und gesichert und mittelbar dazu beigetragen, daß jede Willkürlichkeit in den Beziehungen zwischen den Bauern und Grundherren beseitigt wird.

VIII.

Vormundschaft nach schwedischem Recht.

Auf Grund eines Gutachtens.

Von

Dr. F. K. Neubecker,

Privatdozent an der Universität Berlin.

I.

Tatbestand.

A. war preußischer Untertan, ging nach Schweden, wurde nach Entlassung aus dem preußischen Staatsverband schwedischer Untertan und verheiratete sich in Schweden. Im September 1885 wurde ihm daselbst eine Tochter Martha geboren. Nachdem A. im Juni 1901 seine Zahlungen eingestellt hatte, wurde in Schweden Konkurs über sein Vermögen eröffnet. Die Konkursverwalter überließen der Tochter Martha A. Lebensversicherungspolicen des Vaters auf 20000 Kronen [1]), zu derselben Zeit wurde auf des Vaters Antrag ein Vormund für die minderjährige (damals 16jährige) Tochter bestellt [2]).

[1]) Die Urkunde lautete:

Härmed öfverlåta vi med fåll äganderätt till Martha A. i B. de af lifförsäkrings Aktiebolaget . . . i Stockholm den 1 Januari 1890 under No . . . å C. R. A . . 's lif för en summa af Kronor Tjugutusen (20.000) utfärdade försäkringsbrefven.

B. . . ., 12 Augusti 1901. X X, Y Y, Z Z.

Sysslomän i C. R. A's Konkures.

Bevittnas:

N. N.

[2]) Utdrag af Förmynderskapsprokollet, hållet hos Rådstufurätten i B. den 12 Augusti 1901.

Kommissionären Gustaf X ingaf en så lydande ansökan:

A. zog später mit seiner Tochter nach Norwegen. Daselbst wurde auf Antrag des A. ein neuer Vormund am 18. August 1902 ernannt[3]), und nunmehr wurde auf Antrag des Vaters A. der schwedische Vormund C. A. S. von dem schwedischen Gerichte aus seinem Amt entlassen[4]). Der schwedische Konkurs über

---

„Till Rådstufurätten i B. . . .

Härmed får jag ödmjukt anhålla att till förmyndare för min och min hustru Tonnie A's omyndiga dotter Martha född den 4 September 1885 måtte förordnas Trädgårdsmästaren C. A. S. . . . här i staden, detta af skäl att medel tillfallit min bemälda dotter, som af mig ej får förvaltas.

B. . . ., den 7 Augusti 1901. Robert A.

Ofvan omförmälda förmynderskap är jag villig åtaga mig.

C. A. S. . . .

Bevittnas af:

N. N., O. O."

Och med bifall till den gjorda ansökan, fann Rådstufvurätten skäligt förordna Trädgårdsmästaren C. A. S. . . . till förmyndare för Robert A's och hans hustru Tonnie A's omyndiga dotter Martha född den 4 September 1885, vid hvilken befattnings utöfning det åligger den förordnade att ställa sig lag och författningar till noggrann efterrättelse.

Som ofvan.

Lösen 2 Kronor. På Rådstufvurättens vägnar:

Jonas F. Boberg.

Robert A. . . .

[3]) Værgebeskikkelse.

Tillfølge Anmodning fra Herr Christian Robert A. fra Sverige nu bosatt i Glemminge beskikkes herved Herr Mægler Andreas H. af Fredrikstad der har erklært sig villig overtage Hvervet til Værge for nævnte Herr A's omyndige Dotter Martha A. der efter Opgifvende er født den 4 Septem. 1885. . . . . . .

Tune Sorenskrivareembede 18 Aug. 1902.

[4]) Utdrag af förmynderskapsprotokollet hållet hos Rådstufvurätten i B. den 8 September 1902.

Trädgårdsmästaren C. A. S. företrädde och inlämnade en så lydande handling:

Till Rådstufvurätten i B.

Härmed anhåller jag vördsamt att befria Herr Trädgårdsmästaren C. A. S. i B. från förmynderskapet för min omyndiga dotter Toni Martha A., född den 4 Sept. 1885, då jag och min familj boende nu

das Vermögen des A. wurde am 12. Dezember 1902 geschlossen [5]).

Der Vater A. nahm mit seiner Tochter sodann seinen Wohnsitz in Preußen und erhielt am 22. März 1904 von der Sorenskriveri in Tune die Benachrichtigung, daß die Vormundschaft von selbst aufgehört habe, da seine Tochter kein Vermögen im Lande besitze und über 18 Jahre alt sei [6]).

---

i Norge, måst antaga en norrman som förmyndare, som enligt hosgående bestyrkt afskrift skedd. Vördsamt

Christian Robert A.

Derjämte företeddes i bestyrkt afskrift ett af Tune Sorenskrivare-embede i Konungariket Norige den 18 Augusti 1902 utfärdadt förordnande för Mægler Andreas H. i Fredrikstad att vara förmyndare för ifrågavarande omyndiga Martha A.

Från Rådstufvurättens förmynderskapsprotokoll för den 12 Augusti 1901 antecknades att Rådstufvurätten då förordnat trädgårdsmästaren C. A. S. . . . till förmyndare för Robert A.'s och hans Hustru Tonnie A.'s omyndiga dotter Martha, född den 4 September 1885.

Och då jemväl C. A. S. för egen del anhöll att blifva från förmynderskapet befriad, fann Rådstufvurätten skäligt entlediga C. A. S. från ifrågavarande förmynderskap, hvarom anteckning skulle göras i Rättens förmynderskapsförteckning.

Som ofvan

Lösen 2 Kr. På Radstufvurättens vägnar:

J. F. Blomberg.

[5]) Att Handelsbolagets under Firma Abergs spinneri samt Rob. Å's och Robert A's konkurs afslutades genom slutlig utdelning den 18 December 1902 betygar

B., den 20 Januari 1904.

Lösen . . . 0,50 På Borgmästare-Embetets vägnar
Stämpel . . 0,50 J. F. Blomberg.
Kr. 1 —

[6]) Fra Sorenskriveren i Tune. Fredrikstad.

Hr. Christian Robert A.

D. (in Preußen).

Den med Deres Skrivelse af 25 d. f. m. hidsendte Erklæring vedlægges och meddeles, at da Deres Dotter ingen Midler har her i Landet, og hun er over 18 Aar, bortfaller Værgemaalet af sig selv.

Tune Sorenskriveri 22/3 04. Mordt.

In D. (Preußen) erwarb der Vater A. in seinem eigenen Namen und im Namen seiner Tochter Martha die Geschäftsanteile einer Gesellschaft mit beschränkter Haftpflicht (Gebr. W.) und nahm zu diesem Zwecke ein Darlehen von 2500 M. im Namen seiner Tochter auf. Für die Rückzahlung dieses Darlehens übernahmen die früheren Gesellschafter der Gesellschaft Gebr. W. die Bürgschaft. Den Bürgen wiederum bestellte A. Sicherheit für die Erfüllung der ihnen gegenüber bestehenden Verpflichtungen, indem er die Lebensversicherungspolicen, die seiner Tochter Martha gehörten (bezw. die Forderung aus dem Lebensversicherungsvertrag), durch notariellen Vertrag vom 26. März 1904 verpfändete, die Policen einem Pfandhalter übergab und gemäß den Versicherungsbedingungen die Verpfändung der Versicherungsgesellschaft anzeigte. Zu den Verträgen suchte A. die obervormundschaftliche Genehmigung des (preußischen) Amtsgerichts in D. zu erlangen. Dieselbe wurde von dem angegangenen Vormundschaftsgericht versagt.

A. verzog mit seiner Tochter später nach Mexiko, und verklagte im Namen seiner zur Zeit der Klageerhebung noch minderjährigen Tochter Martha (später diese selbst) die Pfandnehmer auf Anerkennung der Nichtigkeit der Verträge vom 26. März 1904 und Herausgabe der unwirksam verpfändeten, der Martha A. zustehenden Policen.

Die Beklagten behaupten die Gültigkeit des Verpfändungsvertrags und beantragen Abweisung der Klage.

II.

Die Gesichtspunkte für das Gutachten.

Das Gericht zweiter Instanz forderte ein Gutachten über folgende Fragen:

1. Waren am 26. März 1904 nach schwedischem internationalem Privatrecht für die Verhältnisse zwischen einem im Ausland (Preußen) wohnhaften schwedischen Vater und seiner 18jährigen ehelichen Tochter, insbesondere für seine

Vertretungsmacht bezüglich ihrer Vermögensverhältnisse die Gesetze des Wohnorts des Vaters und Kindes oder die schwedischen Gesetze (Nationalitätsprinzip) maßgebend?

2. Hat ein schwedischer Vater durch einen im Jahr 1901 in Schweden über sein Vermögen eröffneten Konkurs die Vertretungsmacht bezüglich der Vermögensverhältnisse seines 18jährigen Kindes verloren? Hat er sie durch die Aufhebung des Konkurses und der über das Kind eingeleiteten Vormundschaft ohne weiteres wiedererlangt?

3. Konnte am 26. März 1904 nach schwedischem Recht ein Vater für seine 18 Jahre alte Tochter ohne Genehmigung des Vormundschaftsrichters oder einer sonstigen Behörde rechtsgültig Darlehen aufnehmen, Anteile einer Erwerbsgesellschaft mit beschränkter Haftung erwerben, Forderungen verpfänden und fremde Verbindlichkeiten übernehmen?

War eventuell nach schwedischem Recht für die Genehmigung der vorbezeichneten Verträge das deutsche Gericht des Wohnortes des Kindes zuständig?

Mit diesen Fragen sind die maßgebenden Gesichtspunkte gegeben. An erster Stelle kommt die Frage nach der zuständigen Rechtsordnung in Betracht.

III.

Das anzuwendende Recht.

1. Es handelt sich um die Wirksamkeit von Geschäften, die im Deutschen Reich abgeschlossen worden sind, insbesondere um die Gültigkeit der Verpfändung der Lebensversicherungspolicen einer schwedischen Versicherungsgesellschaft. Diese Geschäfte nahm ein dem schwedischen Staatsverbande angehöriger Vater im Namen seiner damals über 18 Jahre alten Tochter vor, welche ebenfalls schwedische Staatsangehörigkeit besaß, während beide ihren Wohnsitz im Deutschen Reiche hatten. So sind Beziehungen zu beiden Rechtsordnungen, der deutschen und schwedischen, gegeben, und es könnte allgemein

die Frage aufgeworfen werden, in welcher Richtung die eine oder andere maßgebend sei. So z. B. bezüglich der Verpfändbarkeit und Verpfändung der Policen. In der Tat ist aber lediglich die eine Frage aufgeworfen worden und nach Lage der Sache aufzuwerfen, ob der Vater die Vertretungsmacht zum Abschluß der Geschäfte besaß und nach welchem Recht dies zu beurteilen ist.

Es ist nicht ohne Interesse, wie das Urteil erster Instanz die Frage anfaßte und beurteilte. Daselbst wurde ausgeführt:

„Da die Erklärung als ein einheitliches Ganzes aufzufassen ist, wenigstens bezüglich der in ihm ausgesprochenen Verpfändung, so ist es nicht zulässig, die Verpfändung, soweit es sich um eine Verpfändung für die Schuld der Klägerin handelt, für wirksam, im übrigen aber für unwirksam zu erklären. Die in der Erklärung vom 26. März 1904 ausgesprochene Verpfändung der streitigen Policen ist somit rechtsunwirksam, sofern dieselbe nach deutschem Recht zu beurteilen ist. Ob das auch nach schwedischem Recht zutrifft, ist unerheblich. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Vater der Klägerin bezw. diese selbst schwedischer Staatsangehörigkeit sind oder nicht. Im Falle der ersten Alternative würde der Vater der Klägerin für diese, welche als minderjährig geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, im Inlande ein Rechtsgeschäft vorgenommen haben, Klägerin würde für dieses Rechtsgeschäft insoweit als geschäftsfähig gelten, als sie nach den deutschen Gesetzen geschäftsfähig sein würde (Art. 7 Abs. 3, Satz 1 E.G. z. B.G.B.). Da die Klägerin nach dem hiernach zur Anwendung kommenden deutschen Recht zur Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, und diese unstreitig nicht erteilt ist, ist die Verpfändung rechtsunwirksam, auch wenn die Klägerin bezw. deren Vater schwedischer Staatsangehöriger ist."

Das Landgericht ist also der Meinung, daß deutsches Recht anzuwenden sei. Die Begründung ist merkwürdig. Das

Gericht stützt sich auf E.G. z. B.G.B. Art. 7 Abs. 3, Satz 1: „Nimmt ein Ausländer im Inland ein Rechtsgeschäft vor, für das er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, so gilt er für dieses Rechtsgeschäft insoweit als geschäftsfähig, als er nach den deutschen Gesetzen geschäftsfähig sein würde."

Die Anwendung dieser Vorschrift könnte nur dann überhaupt in Frage kommen, wenn die 18 Jahre alte Tochter Martha A. selbst die Rechtsgeschäfte, insbesondere die Verpfändung vorgenommen hätte. Hier aber kommt es auf die Vertretungsmacht des Vaters an. Diese steht natürlich in Parallele zu der Geschäftsfähigkeit der Tochter, ist aber nicht damit identisch. Das Landgericht behandelt sie aber so und springt einfach von der Vertretungsmacht des Vaters über auf die Geschäftsfähigkeit der Tochter, und kommt zu dem Schluß, daß was von der Geschäftsfähigkeit der Tochter gelte, auch von der Vertretungsmacht des Vaters gelten müsse, so daß auch die Vertretungsmacht des Vaters nach deutschem Recht zu beurteilen sei. Dieser Schluß ist natürlich verfehlt.

Aber auch von der Voraussetzung, daß für die Geschäftsfähigkeit der Tochter deutsches Recht gelte, ist dasselbe zu sagen. Es ist nicht schlankweg deutsches Recht bezüglich der Geschäftsfähigkeit einer Person, die im Inland ein Rechtsgeschäft vornimmt, anwendbar. Das würde den Abs. I des Art. 7, der den Grundsatz enthält, so ziemlich über Bord werfen. Grundsätzlich wird die Geschäftsfähigkeit nach dem Heimatrecht beurteilt. Zu Gunsten des inländischen Verkehrs wird in Abs. III eine Ausnahme gemacht. Das trifft vor allem die Fälle der Volljährigkeit; ob andere, ist bestritten und zweifelhaft. Danach würde z. B. ein 22jähriger Oesterreicher im Deutschen Reich geschäftsfähig sein.

Nicht aber ist die Ausnahmevorschrift des Art. 7, III, 1 etwa dahin auszulegen, daß auch die Geschäftsunfähigkeit und Geschäftsbeschränktheit eines Ausländers überhaupt nach deutschem Recht beurteilt werden solle. Das würde direkt

dem Zweck der Vorschrift des Art. 7, III, 1 widersprechen und müßte dahin führen, daß auch dann das deutsche Recht anzuwenden wäre, wenn es schärfere Schutzvorschriften für minderjährige oder sonst nicht voll geschäftsfähige Personen enthielte.

Das könnte z. B. der Fall sein, wenn ein Russe im Inland ein Rechtsgeschäft abschließt[7]). Auch bei einer Person schwedischer Staatsangehörigkeit wäre dies möglich. So bestimmt Ärfda Balk, Kap. 19 § 1: „Den som ej hafver fyllt tjuguett år, ege icke makt, att sjelf förestå sitt arf. Kan han sig något förvärfva, deröfver må han sjelf råda, sedan han femton år gammal är.“

„Wer noch nicht 21 Jahre vollendet hat, hat nicht die Macht, selbst seinem Erbe vorzustehen. Kann er sich selbst etwas erwerben, darüber mag er selbst verfügen, sobald er fünfzehn Jahre alt ist“ [8]). Auch Ärfda Balk, Kap. 19 § 3 könnte in Betracht kommen: „Enka råde sig och gods sitt sjelf,“ „eine Witwe verfüge über sich und ihr Gut selbst.“

In solchen Fällen ist stets nach Art. 7 Abs. 1 des E.G. z. B.G.B. das Heimatrecht maßgebend.

So könnte also nicht, wenn die Tochter Martha A. selbst die in Frage stehenden Geschäfte abgeschlossen hätte, einfach deutsches Recht angewendet werden. In erster Linie ist stets nach dem Heimatrecht zu fragen. Nur wenn deutsches Recht

---

[7]) Vgl. darüber Neubecker, Die Geschäftsfähigkeit nach internationalem und russischem Privatrecht, in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. XX, S. 268 f.

[8]) Dieser Zwischentermin von 15 Jahren beruht auf älterem Recht. Nach älterem schwedischen Recht wurden Männer mit Vollendung des 15. Jahres volljährig entsprechend anderen germanischen Rechten. Erst eine k. Förklaring vom 30. Oktober 1721 setzte den Mündigkeitstermin auf die Vollendung des 21. Lebensjahres. Vgl. Nordling, Föreläsningar öfver Ärfda Balken, 3. Aufl., S. 297 ff. — Ueber die Stellung des 15jährigen nach heutigem Recht (Ä. B. 19 § 1) vgl. Nordling, S. 305 ff.; Flensburg, Sveriges Rikes Lag S. 182.

dem Verkehr günstiger ist, kommt im Umfang des Art. 7 Abs. III deutsches Recht zur Anwendung.

Im einzelnen stecken hier sehr viele interessante und praktisch wichtige Fragen, die in diesem Zusammenhange nur angedeutet werden konnten. Ich muß mich hier mit der Feststellung begnügen, daß die Auffassung des Landgerichts stark abwegig ist.

Selbst wenn die Tochter Martha A. in eigener Person die Geschäfte abgeschlossen hätte, wäre die Meinung, daß deutsches Recht nach Art. 7 Abs. III, Satz 1 anzuwenden sei, verfehlt. Mindestens ebenso falsch ist der Schluß, daß weil die Geschäftsfähigkeit der Tochter gemäß Art. 7 Abs. III, Satz 1 E.G. z. B.G.B. nach deutschem Recht zu beurteilen sei, auch für die Vertretungsmacht des Vaters deutsches Recht zur Anwendung kommen müsse.

Diese Vertretungsmacht ist vielmehr selbständig zu betrachten. Grundlegend ist Art. 19 Satz 1 E.G. z. B.G.B.: „Das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und einem ehelichen Kinde wird nach den deutschen Gesetzen beurteilt, wenn der Vater und, falls der Vater gestorben ist, die Mutter die Reichsangehörigkeit besitzt."

Diese Vorschrift enthält eine einseitige Kollisionsnorm. Es unterliegt keinem Zweifel, daß sie analog auszudehnen ist, und daß sonach auf das Verhältnis zwischen Eltern und ehelichen Kindern das Heimatrecht des Vaters, bezw. der Mutter Anwendung findet, soweit nicht nach Art. 19 Satz 2 eine Ausnahme eintritt. Nach deutschem internationalem Privatrecht ist also im vorliegenden Fall schwedisches Recht anzuwenden.

Nun erhebt sich die gewichtige Frage, ob nicht zuerst das schwedische internationale Privatrecht bezüglich der Zuständigkeit des schwedischen (materiellen) Rechts zu untersuchen ist. Es handelt sich hier um die vielumstrittene Weiterverweisung, von der die sogenannte Rückverweisung einen Unterfall bildet.

Wer der Meinung ist, daß nach dem deutschen inter-

nationalen Privatrecht die Weiterverweisung nicht gilt, und daß der Art. 27 lediglich in einzelnen Ausnahmefällen eine Rückverweisung auf deutsches Recht anerkennt, hat in unserem Falle auf den ersten Blick eine leichte Entscheidung. Danach ist schwedisches Recht maßgebend; im Art. 27 ist der (analog auszudehnende) Art. 19 nicht genannt, folglich gibt es keine Rückverweisung.

Diese Auffassung könnte zu merkwürdigen Ergebnissen führen. Eine Rückverweisung könnte dann wohl bei der Geschäftsfähigkeit (Art. 27 und Art. 7 I) stattfinden, bei dem Parallelinstitut [9]) der Vertretungsmacht des Vaters (Art. 19) aber nicht.

Ich stehe nun prinzipiell auf einem anderen Standpunkt, so daß ich nicht genötigt bin, etwa analog den Art. 27 in unserem Fall auf die Vertretungsmacht des Vaters auszudehnen. Meines Erachtens ist die Weiterverweisung prinzipiell anzunehmen. Die in den Materialien niedergelegten Ansichten der verschiedenen bei der Abfassung des Gesetzes beteiligten Faktoren sind unerheblich, da sie im Gesetz keinen Ausdruck gefunden haben. Der Wortlaut des Art. 27 steht dieser Auffassung in keiner Weise im Wege. Auch der Zweck der Vorschrift spricht nicht dagegen. Es handelt sich nicht sowohl, meine ich, darum, eine Ausnahme von dem (stillschweigend in das Gesetz gelegten) Grundsatz der Nichtweiterverweisung zu schaffen, als vielmehr dem endlosen Hin- und Herschieben, diesem circulus vitiosus einen Riegel vorzuschieben. So hat der Art. 27 auch, und gerade für den, der die Weiterverweisung grundsätzlich zuläßt, eine besondere Bedeutung. In *dieser* Funktion muß der Art. 27 auch ausdehnend ausgelegt werden. *Stets*, wenn das ausländische internationale Recht auf das inländische verweist, ist das letztere dann endgültig maßgebend. Dazu kommt: da der Art. 19 als einseitige Kollisionsnorm formuliert ist, so konnte Art. 27 natürlich keine

---

[9]) Vgl. Art. 280 des Schweiz. Zivilgesetzbuchs.

Rückverweisung aussprechen. Dehnt man Art. 19 zur generellen Kollisionsnorm aus, so muß hier ebenso wie bei der generellen Kollisionsnorm des Art. 7 eine Rückverweisung angenommen werden.

Analoge Ausgestaltung des Art. 19 führt also notwendig zur analogen Ausdehnung des Art. 27, — dies ganz unabhängig von der prinzipiellen Stellungnahme.

So wäre im vorliegenden Fall zu sagen: verweist das schwedische Recht bei der Vertretungsmacht, genereller bei der elterlichen Gewalt, auf das Recht des Wohnsitzes (das wäre hier deutsches Recht), so ist dieses maßgebend. So bedarf es also der Untersuchung des schwedischen internationalen Privatrechts. Dies ist auch die Ansicht des erkennenden Gerichts. Es stellt die Frage, ob nach schwedischem internationalen Privatrecht das Recht des Wohnsitzes (deutsches Recht) oder das Recht der Staatsangehörigkeit (schwedisches Recht) anzuwenden sei.

2. Das schwedische internationale Privatrecht. Daß die älteren schwedischen Gesetze die Fälle der Kollision einheimischen und fremden Rechts[10]) höchstens nur flüchtig streifen, kann nicht wundernehmen. Sie betreffen zudem lediglich die Anwendung fremden Rechts in Schweden. Nach Verschmelzung des Stadt- und Landrechts sollte grundsätzlich nur das Territorialitätsprinzip gelten und die Berufung auf ausländisches Recht unzulässig sein[11]).

Abschließend festgestellt wurde dieser Grundsatz in der Kodifikation von 1734, Rättegångs Balken, Kap. 24 § 3[12]).

---

[10]) Ueber die Fälle der Kollision verschiedener einheimischer Rechtsordnungen, insbesondere in der späteren Entwicklung der Stads- und Landslag vgl. Montgomery, Handbok i Finlands allmänna privaträtt S. 145; Schrevelius, Lärobok I, S. 30; Synnestvedt, Le droit international privé de la Scandinavie S. 211; vgl. auch Taranger, Udsigt over den norske Rets Historie I, S. 157.

[11]) Vgl. Montgomery S. 145/146 über Kristoffers landslag.

[12]) Ueber das dänisch-norwegische Recht vgl. Synnestvedt, S. 207, 208; Taranger, Udsigt I, S. 159; Scheel, Almind. Deel I, S. 375.

Bedeutung und Tragweite dieser Bestimmung ist nur im Zusammenhang zu erfassen. Würde man lediglich den Satz herausgreifen: „Le droit étranger ne peut-être invoqué devant un tribunal suédois", wie Synnestvedt das tut [13]), so könnte das leicht irreführen.

Rättegångs Balken, Kap. 24 § 3, erste Hälfte bestimmt [14]): „All dom bör fästas på skäl och lag, och ej på godtycke: och skall sjelfva saken och målet, deri tvisten består, med dess nödiga omständigheter, tydligen deri utsättas, så ock de hufvudskäl, och den lag, derå slutet grundas: men utländsk lag må ej deri åberopas, eller främmande språk brukas."

Es handelt sich um die Begründung des Urteils. „Jedes Urteil soll auf Gründe und Gesetz gegründet sein, und nicht auf Gutdünken: und es soll der Streitgegenstand mit den nötigen Umständen deutlich darin angegeben sein, ebenso die Hauptgründe sowie das Gesetz, auf das der Schluß sich gründet: aber ausländisches Gesetz darf darin nicht angezogen, noch eine fremde Sprache gebraucht werden" [15]).

Mit Recht bezieht Synnestvedt diese Bestimmung auf das römische Recht: c'est en Suède (et en Norvège) la crainte du droit romain, et de plus, en Suède (où la codification fut plus tardive), la prohibition des coutumes locales" [16]). Dem

---

Fortale til Christian V's Danske og Norske Lov: „Særdelis strengeligen befalis dommerne og alle, som dømme skulde, at de udi alle sager, som dennem forekomme, denne lov som en rettesnør følge, og derefter retsindeligen kiende og dom afsige. . . ."

[13]) Synnestvedt, Le droit international privé de la Scandinavie, S. 207.

[14]) In der modernen Schreibweise, Uppström, Sveriges Rikes Lag 1908, S. 467.

[15]) Die Protokolle der Kommission (herausgegeben von Sjögren) ergeben nichts näheres. Die früheren Entwürfe enthalten keine ähnlichen Bestimmungen in diesem Zusammenhang. Kristoffers Landslag steht nur in loser Beziehung. Nach dem Konungx Balk soll der König schwören (Kap. IV, § 7), das Recht zu halten „serlica ath engen wthlendzsker rætter draghis jn i riket almoganom til twnga".

[16]) Synnestvedt, S. 209.

entspricht ein Reskript von 1683[17]) sowie die Darstellung des Johannes Stobaeus aus dem Jahre 1768[18]). Ich meine, daß damit auch die Fassung des Gesetzes selbst übereinstimmt, indem die Berufung auf fremdes Gesetz und der Gebrauch einer fremden Sprache verboten wird[19]).

So hätte diese Bestimmung eigentlich nur eine Bedeutung für die Abfassung und Sprache der Urteile, daß nicht fremde Rechte, insbesondere das Corpus juris civilis zitiert und nicht dem Volke unverständliche lateinische Ausdrücke gebraucht werden sollen[20]). Es handelt sich nach dieser Auffassung also um eine Anweisung an die Gerichte, um eine Ordnungsvorschrift justizverwaltungsrechtlicher Natur, ganz entsprechend dem Zusammenhang der Stelle.

Ueber das schwedische internationale Privatrecht besagt sie danach nichts. Die herrschende Ansicht freilich ist eine andere. Man erblickt darin den Grundsatz, daß fremde Rechte keine Anwendung finden sollen, gibt aber zugleich zu, daß dies eben doch nicht so gemeint sei.

So bezieht beispielsweise auch Schrevelius[21]) den Satz auf das internationale Privatrecht: Hvad särskildt Sverige beträffar, kunde det till och med synas, som om 24: 3 R. B. uttryckeligen förbjuder våra domstolar att döma efter annan än svensk lag. Men å andra sidan kan det mycket i fråga sättas, om detta stadgande verkligen bör tagas så strängt. Man kann medgifva, att en svensk domstol alltid måste tillämpa svensk lag på de personer och de fall, för hvilka lagen

---

[17]) Synnestvedt, S. 209.

[18]) Synnestvedt, S. 210.

[19]) Vgl. auch K. Kung. Vom 5. Juli 1810: Uti alla kungörelser, domar, handlingar och skrifter, särdeles dem, som till menigheten utgifvas, bör nyttjas en ren och tydlig svenska, samt främmande ord och talesätt så vida möjligt är undvikas. — Uppström, Sveriges Rikes Lag 1908, S. 467/68.

[20]) Ein sehr löbliches Bestreben, das leider doch keinen vollen Erfolg aufzuweisen hatte.

[21]) Schrevelius, Lärobok I, S. 29.

är gifven; om åter lagstiftaren velat att svensk lag alltid skulle tillämpas äfven i sådana händelser, då kollision mellan svensk och utländsk lag eger rum, det är en annan fråga, hvilken både i theori och praxis nekande besvaras. Schrevelius meint also, daß es sehr fraglich sei, ob die Bestimmung von 24: 3 R. B. „wirklich so streng zu nehmen ist", und sagt schließlich, daß Theorie und Praxis — eben in Kollisionsfällen fremde Rechte anwenden. Aehnlich verfährt Montgomery [22]).

Jedenfalls aber kommt man allgemein im Resultat zu einer Ignorierung von 24: 3 R. B. in der gedachten Richtung: es ist in Kollisionsfällen fremdes Recht anzuwenden. Auch in Schweden gilt internationales Privatrecht, anerkannt in Praxis [23]) und Theorie [24]), und in einigen wenigen gesetzlichen Bestimmungen [25]).

Was den Inhalt dieses internationalen Privatrechts betrifft, so fehlt es im ganzen an einer genauen Regelung. Man operierte mit der Analogie des Verhältnisses des alten Land- und Stadtrechts und dem vermutlichen oder stillschweigenden Willen der Parteien [26]) und steht besonders neuerdings unter dem Einfluß der ausländischen Wissenschaft [27]).

Hier kommt es auf die elterliche Gewalt an; im Zusammenhang damit ist die Geschäftsfähigkeit zu berücksichtigen.

---

[22]) Montgomery, Handbok I, S. 146; vgl. auch Flensburg, Sveriges Rikes Lag, S. 984, Anm. 10 zu R. B. 24, 3.

[23]) Ein Urteil von 1832 wird allgemein zitiert. Vgl. Schrevelius, S. 29; Synnestvedt, S. 208.

[24]) Schrevelius, S. 29; Montgomery, S. 146; Synnestvedt, S. 208; vgl. auch die dürftigen Andeutungen Nehrmans in seiner Inledning til then swenska Jurisprudentiam civilem, Lund 1729, S. 69 § 7 (über das Recht vor 1734).

[25]) Vgl. Montgomery, S. 147.

[26]) Vgl. Schrevelius, S. 30; auch Nehrman, Inledning S. 69, § 7; Montgomery, S. 147.

[27]) Montgomery, Handbok S. 148. Montgomery spricht zwar nur von Finnland; dasselbe gilt aber auch von Schweden.

Die ältere Theorie ließ das Recht des Wohnsitzes maßgebend sein.

Charakteristisch sind die Ausführungen von Schrevelius: Hvad först beträffar personers förmåga att hafva och förvärfva rättigheter samt att företaga handlingar, hvarigenom sådana kunna förvärfvas eller eftergifvas, så är det utan tvifvel ganska naturligt och derför äfven allmänt antaget, att hvar och en bedömes efter den lag, som gäller der han har sitt egentliga hemvist[28]. Att föräldramagten och de densamma ätföljande rättigheter och skyldigheter regulariter böra bedömas efter den lag, som gäller der fadren bor vid barnets födsel, ... synes äfven ligga i sakens natur[29].

Danach bestimmt sich Rechts- und Geschäftsfähigkeit nach dem Wohnsitz der betreffenden Person, die elterliche Gewalt nach dem Wohnsitz des Vaters zur Zeit der Geburt. Begründung: es ist „zweifellos ganz natürlich", und liegt in der „Natur der Sache"[30].

In unserem Fall wäre danach für die Geschäftsfähigkeit der Tochter am 26. März 1904 deutsches Recht, für die elterliche Gewalt des Vaters schwedisches Recht (das Recht des Wohnsitzes zur Zeit der Geburt) maßgebend.

Für Finnland vertritt Montgomery ebenfalls das Domizilprinzip, so für die Rechts- und Geschäftsfähigkeit[31], sowie

---

[28]) Schrevelius, I, S. 30 (3. Aufl., 1872) besorgt von Humbla.

[29]) Schrevelius, I, S. 36.

[30]) Ein Widerspruch nach schwedischem Recht kann sich ergeben bezüglich der sog. „Vormundschaft". Für diese läßt Schrevelius den Wohnsitz des Mündels entscheidend sein. Nun ist aber nach schwedischem Recht die elterliche Gewalt zugleich „Vormundschaft". Was gilt bei eventueller Kollision? Diese Möglichkeit ist allerdings eine sehr entfernte.

[31]) S. 151. Montgomery verweist selbst darauf, daß die finnische Wechselordnung vom 29. März 1858 in § 79 das Nationalitätsprinzip annimmt. Doch ist dies nicht rein durchgeführt: Wird die Wechselverbindlichkeit in Finnland übernommen, so gilt finnisches Recht: „Rättighet

für die elterliche Gewalt: rättsförhållandet emellan föräldrar och barn, föräldramaktens omfång och verkningar, såväl i det personliga förhållandet som beträffande barnen tillfallande förmögenhet, bestämmas af lagen i föräldrarnas hemvist[32]). Da nichts Näheres gesagt wird, ist wohl der jeweilige Wohnsitz maßgebend. Danach wäre bezüglich der Vertretungsmacht des Vaters hier deutsches Recht anzuwenden.

Im Gegensatz zu dieser älteren Meinung, welche die Geschäftsfähigkeit und die elterliche Gewalt nach der lex domicilii bestimmen will, geht neuerdings die Richtung auf Anerkennung des Nationalitätsprinzips. Vertreter dieser Ansicht sind: Winroth, Reuterskiöld, Synnestvedt[33]).

Besonders bezüglich der elterlichen Gewalt ist hierbei auf Winroth in erster Linie zu verweisen: J samme mån som vort land låter utlänningar härstädes lefva efter sin rätt, har det tydligen anspråk på att svensk rätt må iakttagas i dess undersåtars rättsförhållanden utrikes. . . . Detta gäller alltså giftomanna- och förmynderskap, vårdnads- och successionsrätt samt föraldrars rätt till barnens egendom och tjänster[34]). Da — wie unten näher auszuführen ist — nach schwedischem Recht die elterliche Gewalt die Vormundschaft in sich schließt, oder — anders ausgedrückt — den Eltern die Vormundschaft zusteht, so ist auch auf die „Vormundschaft" Bezug zu nehmen, d. h. auf das Institut, das im schwedischen Recht Vormundschaft, „förmynderskap" genannt wird. Auch hier läßt Winroth lediglich das sogenannte Nationalitätsprinzip gelten: J an-

---

att ingå växelförbindelse för den, som ej är finsk medborgare, pröfvas efter den lag som i hans eget land är gällande: men åtager han sig sådan förbindelse i Finland; vare derföre ansvarig, såframt han efter finsk lag ägt att bindande aftal ingå." Vgl. § 84 der skandinavischen Wechselordnung (Uppström, 1908, S. 877).

[32]) Montgomery, S. 194. Aehnlich wie Schrevelius, läßt auch Montgomery die Vormundschaft nach dem Recht des Wohnsitzes des Mündels beurteilen. S. 195.

[33]) Synnestvedt, S. 225.

[34]) Winroth, Svensk Civilrätt III, S. 170.

ledning af utrikes vistelse upphöra svenska medborgare icke att i förmynderskapsärenden stå under svensk lag och myndighet. . . . Ytterligare har i öflig ordning svensk domstol att vaka öfver bemälda omyndigas förseende med förmyndare och att utöfva kontroll öfver de senares handhafvande af sitt uppdrag[35]. Är enligt svensk lag förmynderskap tillkommet, tillämpas, i den utsträckning ske kan, för den del svenska rättsregler och således äfven beträffande ställföreträdareskapets principiella allsidighet" [36].

Darnach ist für das Verhältnis von Eltern und Kindern, sowie die darin enthaltene „Vormundschaft" nach modernem schwedischem internationalem Privatrecht das Nationalitätsprinzip maßgebend. Da im vorliegenden Fall Vater und Tochter schwedischer Staatsangehörigkeit sind, so bedarf es keiner Untersuchung, inwiefern eine Spaltung nach der Nationalität des Vaters und des Kindes möglich wäre.

Die Winrothsche Auffassung wird von Synnestvedt vollauf bestätigt[37].

Dazu kommen neuerdings die Haager Konventionen von 1900, denen Schweden beigetreten ist. Der Grundsatz für die Vormundschaft (über Minderjährige) ist im Art. 1 niedergelegt[38]: „La tutelle d'un mineur est réglée par sa loi nationale." In Ausführung dieser Konventionen hat Schweden ein Gesetz erlassen: Lag om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap; gifven Stockholms slott den 8 Juli 1904.

Das Gesetz hat in Kap. 4 § 1 allerdings seine Wirksamkeit auf die eigentliche „Vormundschaft", die „tutelle d'un mineur" eingeschränkt. Es behandelt lediglich den Fall, daß

---

[35]) Winroth, Svensk Civilrätt IV, S. 411.

[36]) Winroth, Svensk Civilrätt IV, S. 413.

[37]) S. 253. Vgl. daselbst die Angabe von einzelnen Entscheidungen. Synnestvedt betont ausdrücklich, daß ältere Schriftsteller, trotz entgegenstehender Praxis, bei dem Domizilprinzip verharrten.

[38]) La Codification du droit international privé. Bulletin. 1907, S. 34.

ein schwedischer Untertan, der seinen Wohnsitz nicht in Schweden hatte, verstirbt und Kinder hinterläßt. Die „Vormundschaft" des Vaters als solchen bleibt sonach unberührt. Immerhin kann die Bestimmung analog insofern angezogen werden, als eben das Nationalitätsprinzip in Frage steht. Und insoweit bestätigt das Gesetz das genannte Prinzip.

So ergibt sich, daß nach dem geltenden internationalen Privatrecht Schwedens die vorliegende Frage, ob der Vater die Vertretungsmacht besaß, gemäß dem schwedischen Rechte zu beurteilen ist.

IV.

Die elterliche Gewalt nach schwedischem Recht.

Winroth beginnt den dritten Band seines Svensk Civilrätt mit den Worten:

Im schwedischen Recht stellt sich das gegenseitige Verhältnis von Eltern und Kindern in der Hauptsache als ein Pflegeverhältnis dar. Vermögensrechtlich haben gewiß Vater und Mutter ein Recht, vor anderen über die Mittel des Kindes zu verfügen. Aber in der Ausübung dieser Befugnis sind sie in allem den gewöhnlichen Regeln über die Vormundschaft unterworfen. Nicht anders stellt sich die Sache in persönlicher Hinsicht. Den Eltern kommt es in erster Linie zu, das Kind in ihrer Pflege zu haben und das Giftomannsrecht zu bekleiden. Aber daraus folgt zunächst eine Pflicht, über das Fortkommen und die Interessen des hilfsbedürftigen Kindes nach den Anweisungen des Gesetzes zu wachen. Sieht man von dem Vorzugsrecht ab, das in den genannten Beziehungen besteht, so findet sich im schwedischen Recht nichts, was eigentlich als elterliche Gewalt (föräldramakt) bezeichnet werden kann [39]).

---

[39]) Sie haben auch gemäß der ganzen Grundauffassung keine Nutznießung am Kindesvermögen. Ebenso dänisches (Deuntzer, Familieret

Hier handelt es sich um die Vermögensverwaltung und die damit verbundene Vertretungsmacht in vermögensrecht-

---

S. 298; Scheel, Familieret S. 406) und norwegisches Recht (Collett. F. R. S. 281). — Auch das englische Recht steht auf diesem Standpunkt, „A father is also, generally speaking, guardian of the property of his infant child; and, if such child has any real estate, the father is entitled to take charge of it, and to receive the rents and profits thereof during the minority, subject to a liability to account for them on the child's attaining full age." Stephen's Commentaries, Book III, chap. III, Ziff. 2 (Bd. II, S. 277). Vgl. auch Heymann, Ueberblick über das englische Privatrecht in Holtzendorff-Kohlers Encyclopædie I, S. 843. — Das österreichische Recht versagt den Eltern ebenfalls die Nutznießung am Mündelvermögen (A.B.G. § 154), aber sie dürfen die Früchte für das Kind verwenden, wie das auch besonders im dänisch-norwegischen Recht betont wird. Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig II, S. 520. (Vgl. Serb. Gradjanski Zakonik § 122.) — Das französische Recht dagegen gibt den Eltern mit der elterlichen Gewalt das Recht der Nutznießung am Kindesvermögen bis zum vollendeten 18. Jahre. C. c. Art. 384. Das Nähere siehe bei Crome-Zachariae Bd. III, S. 471 f. Planiol, Droit civil I, S. 542—543. — Ebenso das italienische Recht, doch kennt dies nicht die Grenze von 18 Jahren. Cod. civile Art. 228: il padre ha l'usufrutto dei beni che provengono al figlio da successione, donazione o da qualunque altro titolo lucrativo, e lo conserva sino a che il figlio sia emancipato od abbia raggiunto l'età maggiore. — Nach spanischem Recht kommt den Eltern ebenfalls kraft der elterlichen Gewalt (patria potestad) Verwaltung und Nutznießung zu. Código civil, Art. 160, bis zur emancipacion (Art. 314), welche normalerweise mit der Volljährigkeit (mayor edad), d. h. mit Vollendung des 23. Lebensjahres eintritt (Art. 320). — Das portugiesische Recht gewährt gleichfalls den Eltern die Nutznießung am Kindesvermögen (Art. 145 Cod. civ.) bis zur Emanzipation oder Großjährigkeit des Kindes (Art. 149), welche mit Vollendung des 21. Lebensjahres erreicht wird (Art. 97). — Dem französischen Recht entspricht auch das Niederländische Burg. Wetboek, Art. 366: De vader of de moeder die de ouderlijke magt of de voogdij uitoefent heeft det vruchtgenot van de goederen der kinderen. — Ebenso das Schweiz. Zivilgesetzbuch, Art. 292: „Die Eltern haben die Nutzung an dem Vermögen des Kindes, so lange dieses unmündig ist und ihnen die elterliche Gewalt nicht wegen ihres Verschuldens entzogen wird." — Das russische Recht kennt dagegen weder Verwaltungs- noch Nutznießungsrecht der Eltern. Vgl. Neubecker, Geschäftsfähigkeit in Zeitschr. für vergl. R.W. Bd. XX, S. 270,

lichen Angelegenheiten. In dieser Beziehung gilt reines Vormundschaftsrecht.

Die Eltern nehmen nur eine besondere Stellung ein, indem sie kraft Gesetzes[40]) ohne eine Bestellung von seiten des Gerichtes die Vormundschaft haben[41])[42]).

Der Vater ist der natürliche Vormund an erster Stelle[43]):

Neubecker, Russisches Recht etc. Bd. XXI, S. 6, Neubecker, Die Erwerbsfähigkeit der Kinder nach russischem Recht im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. XXXII, S. 382. — So steht also das russische Recht in dem einen Extrem: es gibt weder Verwaltung noch Nutzung; die nordgermanischen, das englische und österreichische Recht stehen in der Mitte: sie geben Verwaltung ohne Nutzung; die romanischen Rechte, mit dem deutschen, schweizerischen und holländischen Recht gewähren Verwaltung und Nutznießung.

[40]) Das Vormundschaftsrecht hat eine merkwürdige Stelle im „System“ des Gesetzes. Es steht im Ärfda Balken — am Ende des Erbrechts, Kap. 19—23. Kap. 19 knüpft an den Fall an, daß die Eltern verstorben sind, und minderjährige Kinder als Erben hinterlassen. Diese sollen nicht selbst dem „Erbe vorstehen“. Mit dieser Anknüpfung ist der Anschluß für das ganze Vormundschaftsrecht gewonnen. Nun tauchen auch Vater und Mutter als Vormünder kraft Gesetzes auf.

[41]) Dies in Abweichung vom russischen Recht, das sogar eine besondere Bestellung, genau wie bei jedem anderen Vormund fordert. Neubecker, Geschäftsfähigkeit etc. in Zeitschr. für vergl. R.W. Bd. XX, S. 270, 271; Bd. XXI, S. 7.

[42]) In der schwedischen Literatur spricht man von tutores naturales u. s. w.). Vgl. Schrevelius, III, S. 333, Nordling, Ärfda Balken S. 311; vgl. Fødte Værge im dänischen Recht; Scheel, F.R. S. 531 ff.; — natural guardian im englischen Recht. Stephen's Commentaries II, S. 289.

[43]) Die Reihenfolge der Vormünder ist folgende: an erster Stelle steht der Vater; nach seinem Tode erhält die Mutter die Vormundschaft, so lange sie sich nicht wiederverheiratet. Leben beide Eltern nicht mehr, so kommt die Vormundstellung den „Berufenen“ zu (som de „med tvegge manna vittne eller skriftligen dertill nämnt hafva“); fehlen solche, dann den nächsten Verwandten; finden sich keine geeigneten Verwandten, so erfolgt eine Bestellung von einem oder mehreren Vertrauensmännern (god man, gode män) durch das Gericht. Ä.B. Kap. 20, §§ 1—6.

Fader vare sina barns rätte förmyndare[44] [45]), bis zur Volljährigkeit, welche mit Vollendung des 21. Lebensjahres eintritt.

Die Gründe des Ruhens oder der Beendigung der vormundschaftlichen (elterlichen) Gewalt des Vaters im allgemeinen sind nicht zu erörtern. Hier kommt es nur auf die Wirkung des Konkurses an. Die ursprüngliche Fassung des Gesetzes von 1734 enthielt keine besondere Bestimmung darüber. Das Gesetz begnügte sich mit der auch heute noch geltenden Vorschrift Ä.B. 20, 8: ej må then vara förmyndare, som ...

---

[44]) Kraft Gesetzes, wie schon betont. Darüber ist man einig. Dafür spricht der Wortlaut des Gesetzes, dafür spricht außerdem die ganz klare Ausdrucksweise der Lag angående tillsyn å förmyndares förvaltning af omyndigs egendom d. 18 April 1884, § 1, Satz 2: Har någon, såsom i 20 Kap. Ärfdabalken sägs, utan rättens förordnande tillträdt förmynderskap... Vgl. Schrevelius, III, S. 352; Nordling, Arfda Balken, S. 315; Berger, om tillsynen å förmyndares förvaltning, S. 45; vgl. für dänisches Recht: D.L. 3, 17, 2; Scheel, Familieret S. 406 und 531. — Vgl. auch Züricher Gesetzbuch § 664. Ssp. I, 11.

[45]) Nordling, Ärfda Balken S. 296 bemerkt zu der Bezeichnung, daß in den rein einheimischen Gesetzen das Wort „förmyndare" nicht vorkommt, sondern statt dessen das Wort „målsman" oder „förman". „Förmyndare" scheint deutschen Ursprungs zu sein; es kommt zuerst im deutschen Text zu Wisby Stadslag vor. Vgl. Olivecrona, Om makars giftorätt i bo, 5. Aufl. S. 163. Tamm, Etymologisk Svensk Ordbok, S. 197, § 11 „Förmyndare"; Söderwall, Ordbok öfver Svenska Medeltids-Språket, S. 379 verzeichnet das Wort nicht. Die dänische Bezeichnung ist „Værge", D.L. 3, 17: om Umyndige og Værger. Vgl. Kalkar, Ordbog til det ældre Danske Sprog, Bd. IV, 1902—1907, S. 912 f. Die isländische Uebersetzung von Stephensen und Jensson gibt die dänische Ueberschrift wieder mit: Um ómynduga og fjárhaldsmenn. Vgl. Stephensen og Jensson Lagasafn handa Alþýðu, Bd. I, Reykjavík 1890, S. 27, S. 17. Fjárhaldsmaður ist eine farblose und eigentlich unrichtige Uebersetzung. Værge ist viel mehr als ein bloßer „fjárhaldsmaður", „Vermögenshalter", „trustee". Vgl. auch Fritzner, Ordbog over det gamle norske Sprog Bd. I, S. 426: „Fjárhaldmaðr = Person, som har ens Formue at bestyre." Fjárhaldsmaður entspricht aber der offiziellen isländischen Terminologie der Neuzeit. Vgl. Landsyfirrjettardómar og hæstarèttardomar i íslenzkum málum, Bd. VI, S. XX; Bd. V, S. XXIV.

gäldbunden ... är[46]). Erst eine K. Förordning vom 19. Mai 1845 gab eine Ergänzung, welche in Ä.B. 20, 7 eingefügt worden ist: „Afträdes förmyndares egendom till konkurs, och uppgifves för Rätten, att han förmynderskap innehafver; åligge Rätten att tillse, det ny förmyndare förordnad varder, och nämne, der förordnandet af annan Rätt gifvas skall, god man, att den omyndigas rätt emellertid bevaka."

„Wird das Eigentum (Vermögen) des Vormundes zum Konkurs abgetreten, und vor Gericht angegeben, daß er eine Vormundschaft inne hat, so obliegt es dem Gericht, dafür zu sorgen, daß ein neuer Vormund bestellt wird, und es hat, wenn die Bestellung durch ein anderes Gericht erfolgen soll, einen Vertrauensmann (Pfleger) zu ernennen, der das Recht des Unmündigen inzwischen wahrnehmen soll."

Die Tragweite dieser Bestimmung kann zweifelhaft erscheinen. Meist begnügt man sich mit der bloßen Wiedergabe. So geben z. B. Schrevelius und Flensburg keine näheren Aufschlüsse. Etwas mehr versucht Nordling einzudringen[47]). Er führt aus, daß dieser „god man", den das Konkursgericht ernennen soll, als „tillfällig förmyndare", „vorläufiger Vormund" anzusehen sei; trotz der Ernennung durch das Konkursgericht. „Denn der Unmündige, dessen Angelegenheiten er wahrnehmen soll, hat das Recht, für sein Vermögen die Sicherheit zu genießen, die ihm das Gesetz durch die Bestimmung des Vorzugsrechts der Unmündigen im Konkurs des Vormundes gewährt hat. Dieses Vorzugsrecht kann er aber nicht genießen, wenn der Pfleger (vårdaren) nur als „god man"[48])

---

[46]) Vgl. darüber unten S. 215.

[47]) Nordling, Ärfda Balken S. 320.

[48]) „God man" ist wörtlich übersetzt: „Guter Mann". Es bedeutet generell „Vertrauensmann". Welche Funktionen er hat, kommt auf die Stellung, auf das ihm gewordene „Vertrauen", auf den Auftrag an. So kann er z. B. Schiedsrichter, Konkursverwalter, Schadensschätzer, Pfleger, eine Art Gemeindewaisenrat sein. So ist es also viel zu eng, wenn Hoppe, Wörterbuch S. 118 lediglich vermerkt: Schiedsrichter, (vid konkurs) Konkursverwalter. Besser ist Klint, S. 183—184: (i sterbhus) Nach-

angesehen wird.“ Das ist alles, was Nordling zu der Bestimmung in Ä.B. 20, 7, Satz 2 zu sagen hat. Darnach wäre dieser „Vormund“ lediglich ein „Pfleger“ für Kollisionsfall, etwa wie nach § 1909 des B.G.B. Ob auch nur so weit, und nur so lange? Diese und andere Fragen hat Nordling nicht aufgeworfen.

Viel energischer und tiefer faßt Winroth das Problem an.

Das Gesetz gibt in Ä.B. 20, § 7 und 8 verschiedene Gründe an, aus denen jemand nicht Vormund sein bezw. bleiben soll, es handelt sich also entweder um „laga jäf“ „gesetzliche Hinderungsgründe“, Unfähigkeits- oder Untauglichkeitsgründe (Winroth IV, S. 63 ff.), oder um Endigungsgründe und zwar Gründe für dauernde Endigung (Endigung im engeren Sinne) oder für vorläufige Endigung (Ruhen), die Winroth (IV, S. 157 ff.) als „orsaker till förmynderskaps upphörande“ zusammenfaßt.

Die Unterscheidung ist im deutschen Recht scharf durchgeführt. Nicht so im schwedischen Gesetz, auch nicht ganz bei Winroth. Immerhin tritt eine Hauptfrage klar hervor: Äfven för det fall att man är ense om orsakerna till förmynderskaps upphörande, återstår frågan, huruvida de verka omedelbart med sitt inträffande eller endast utgöra laga skäl till ett domstolens beslut om upphörande[49]. . . . Es ist also die Frage, wie weit die „Endigungsgründe“ unmittelbar mit ihrer Entstehung wirken, oder wie weit sie einen gesetzlichen Grund für einen Beschluß des Gerichts über das Aufhören bieten, mit anderen Worten: welche Gründe Endigungsgründe, welche Entlassungsgründe (im weitesten Sinne) sind.

---

laßverwalter, (i konkurs) Konkursverwalter, (ombud) Vertrauensmann, (gode män) Gläubigerausschuß. — Der Ausdruck wird sehr häufig im Gesetz in den angedeuteten verschiedenartigen Beziehungen und damit Bedeutungen gebraucht. Parallel geht im dänisch-norwegischen Recht: Dannemand, Dannemænd. — Vgl. dobri ljudi im Serbischen. Bogišić, Naputak za opisivanje pravnijeh običaja, S. 8 N. 146.

[49]) Winroth, Svensk Civilrätt IV, S. 158.

Winroth läßt die Konkurseröffnung als solche unmittelbar wirken. Der in Konkurs gefallene Vormund hört auf, Vormund zu sein. Das gehe daraus hervor, daß das Konkursgericht, das nicht die Obervormundschaft habe, bis auf weiteres einen Kurator zur Wahrnehmung des Rechts des Unmündigen zu bestellen habe. Ob diese Begründung gerade stichhaltig ist, kann zweifelhaft erscheinen. Winroth selbst fügt bei: „Es mag jedoch bemerkt werden, daß bei Bestellung eines neuen Vormunds an Stelle des in Konkurs geratenen der letztere entlassen zu werden pflegt."

Im vorliegenden Fall war ein „Vormund" an Stelle des in Konkurs geratenen Vaters bestellt worden. Dieser Vormund wurde, nachdem in Norwegen ein neuer Vormund bestellt worden war, seines Amtes entlassen. Während dieser norwegischen Vormundschaft wurde der Konkurs geschlossen. Sodann wurde die norwegische Vormundschaft nach Verlegung des Wohnsitzes in das Gebiet des Deutschen Reichs aufgehoben.

So greifen die Ereignisse merkwürdig ineinander.

Welche Bedeutung der norwegischen Episode. wie man dieses Zwischenstadium bezeichnen kann, zukommt, ist an sich höchst zweifelhaft. Weder das schwedische noch das deutsche internationale Privatrecht kennt das Domizilprinzip. Darnach müßte man konsequent die norwegische Vormundschaft für nichtig erklären [50]).

Das ist jedoch nicht angängig, und würde geradezu eine völkerrechtliche Verletzung in sich schließen. Dazu kommt, daß das Staatsangehörigkeitsprinzip nirgends im internationalen Privatrecht ganz rein durchgeführt ist, daß insbesondere auf dem Gebiete der „Vormundschaft", genauer der gesetzten oder bestellten Vormundschaft [51]), die staatliche Fürsorge nicht nur

---

[50]) Vgl. Staudinger, Kommentar Bd. IV, Art. 23, Ziff. 2 (2. Aufl. S. 74).

[51]) Vgl. die dänische Gegenüberstellung: Fødte Værger, Satte Værger. Scheel, Familieret, S. 531 ff., 536 ff.

kraft Personalhoheit, sondern auch kraft Territorialhoheit in Funktion tritt.

So verfährt das Deutsche Reich selbst: nach Art. 23 E.G. z. B.G.B. ist vormundschaftliche Fürsorge für einen Ausländer im Inland möglich, nach § 47 F.G.G. kann eine Vormundschaftsanordnung im Inland unterbleiben, wenn der Deutsche im Ausland Wohnsitz oder Aufenthalt hat und die erforderliche Vormundschaft im Ausland angeordnet ist.

Das ist auch in den Haager Verträgen grundsätzlich anerkannt und auf Grund derselben durch das schwedische Gesetz vom 8. Juli 1904 (Lag om vissa internationella rättsförhållenden rörande äktenskap och förmynderskap). Zu der in Frage stehenden Zeit (26. März 1904) galt dies Gesetz freilich noch nicht — aber die Grundsätze müssen doch anerkannt werden. Nach ihnen hat auch das schwedische Gericht gehandelt, indem es die schwedische Vormundschaft aufhob, da in Norwegen kraft Territorialhoheit eine Vormundschaft eingesetzt worden war.

So wird also generell eine Auslandsvormundschaft über den Inländer anerkannt, und so ist auch die norwegische Vormundschaft als giltig anzusehen.

Wie weit sie sich erstreckt, wie lange sie dauerte u. s. w., ist eine andere Frage. Sie kann nur gelöst werden, wenn man von einem leitenden Grundsatz ausgeht. Dies aber ist das Nationalitätsprinzip.

Nur soweit nach dem Heimatrecht eine Vormundschaft erforderlich oder zulässig ist, kann der Territorialstaat eingreifen. Voraussetzungen und Ende [52]) der Vormundschaft — ob auch andere Beziehungen? — müssen also nach dem Heimatrecht des Mündels beurteilt werden. Der Territorialstaat greift also nur als negotiorum gestor des Heimatstaates ein. Das ist im deutschen internationalen Privatrecht (Art. 23 E.G. z. B.G.B.; § 47 F.G.G.) anerkannt, und ist wohl auch der Ge-

---

[52]) Vgl. Lag om intern. förh. vom 8. 7. 08, Kap. 4, § 6

danke der Haager Verträge. Etwaige Ausnahmen bezüglich des Vermögens im Hoheitsgebiet werden davon nicht berührt. Es handelt sich bei dieser Betrachtung nur um die Vormundschaft als eine Gesamtvertretung (vgl. Haager Artikel 6).

Nach diesem Grundsatz ist zu sagen: die norwegische Vormundschaft war giltig errichtet. Sie endigte als Gesamtvertretung, sobald der Grund weggefallen war. Dieser Grund aber ist zu beurteilen nach schwedischem Recht, dem Heimatrecht des Mündels. So ist die Frage, welche Bedeutung der Aufhebung des Konkurses über das Vermögen des Vaters zukommt, nach schwedischem, nicht etwa nach norwegischem Recht zu beurteilen.

Das schwedische Gesetz gibt darüber keinen unmittelbaren Aufschluß, auch die Literatur schweigt sich demgemäß im ganzen aus.

Nur Winroth geht darauf ein. Er führt aus: Wenn die Konkurseröffnung zurückgenommen wird oder wenn der Konkurs geschlossen wird durch Vergleich oder Akkord[53]) oder sonst mit der vollen Befriedigung der Gläubiger, „so ist der in Konkurs versetzte Vormund als in sein vorheriges Recht eingetreten und deshalb ein eingesetzter Kurator als verpflichtet anzusehen, jenem den Platz zu lassen.“ (S. 160.)

Nach dieser Auffassung, die in schärferen Worten hätte ausgedrückt sein können, ist der Konkurs des Vormundes nicht sowohl ein eigentlicher Endigungsgrund, es tritt vielmehr nur ein Ruhen der vormundschaftlichen Gewalt ein, wie das deutsche Recht sie bei der elterlichen Gewalt kennt. Freilich macht das deutsche Recht gerade bei der elterlichen Gewalt, genauer bei der Verwaltung des Kindesvermögens, im Falle des Konkurses eine Ausnahme. Nach Beendigung des Konkurses erlangt der Vater nicht ohne weiteres die Vermögensverwaltung einschließlich der Vertretungsmacht, sie kann ihm

---

[53]) Vgl. Konkurslagen, 6. Kap. Om förlikning och ackord emellan gäldenären och borgenärerna.

nur wieder durch das Vormundschaftsgericht übertragen werden (§ 1647 B.G.B.).

Gesetzgebungspolitisch ist diese deutsche Bestimmung zu billigen. Mangels einer ausdrücklichen Vorschrift darf sie nicht in das schwedische Recht hineingetragen werden.

Hier ist der Meinung Winroths beizutreten. Es ist nicht sowohl das Gewicht der Autorität dieses ausgezeichneten Kenners des schwedischen Rechts, das den Ausschlag gibt, es ist vielmehr maßgebend die rechtliche Natur des Instituts [54]). Als allgemeinen Satz darf man wohl aufstellen, daß die Wirkung fällt, wenn die Ursache fällt, wie das auch als leitender Grundsatz für das deutsche Vormundschaftsrecht aufgestellt ist. Dies besonders dann, wenn es sich um ein Recht handelt, das als „natürliches" angesehen wird. Daß die Vormundschaft des Vaters insbesondere ein solches „natürliches" Recht sei, geht aus der Bezeichnung des Gesetzes, geht aus der durchgehenden Auffassung und auch Benennung in der Literatur deutlich hervor. Dazu kommt ein weiterer Grund. Als Zweck der Bestellung des Zwischenvormunds gibt Nordling [55]) an, Wahrnehmung der Interessen des Mündels im Konkurs des Vormunds (Vaters). Mit Schluß des Konkurses ist dieser Zweck hinfällig geworden.

So ist also der Vater mit Schluß des Konkurses wieder in die Ausübung der „rechten Vormundschaft" getreten.

Dabei ist aber noch auf einen Punkt einzugehen.

Nach Ärfda Balken, Kap. 20 § 8 soll nicht Vormund sein, wer „gäldbunden" ist: ej må den vara förmyndaren, som ... gäldbunden ... är.

---

[54]) Winroth zitiert mehrere Bestimmungen der Konkurslag. Ich kann darin keinen Beleg dafür finden, daß das Ende des Konkurses die Vormundschaft ohne weiteres wiedergibt. Auch § 94 Konkurslag kann nicht, jedenfalls nicht direkt, verwandt werden. Es ist da gesagt, daß nach einem Vergleich es gegenüber den Gläubigern so angesehen werden soll, als ob Konkurs nicht eingetreten wäre.

[55]) Nordling, Ärfda Balken, S. 320; vgl. auch Flensburg, Sveriges Rikes Lag S. 188.

Es handelt sich hier um einen Fall von „laga jäf" (Winroth IV, S. 63 ff.). Liegen solche Fälle vor, so hat das Gericht den „untauglichen" Vormund zu entlassen und einen tauglichen Vormund an seine Stelle zu setzen.

„Gäldbunden" aber ist „jedenfalls, wer sich im Konkurs befindet, außerdem jeder, der nicht Mittel über seine Schulden hinaus hat, oder wer sich im Zustande der Zahlungsunfähigkeit befindet, so daß er seine Gläubiger nicht befriedigen kann[56])."

Möglicherweise lag im gegebenen Fall dies vor. Aber der Zustand des „gäldbunden" — („verschuldet")-Seins hat als solcher keine unmittelbare Wirkung. Wer gäldbunden ist, ist damit nicht etwa „unfähig", nur „untauglich". Er soll nicht zum Vormund genommen, bezw. entlassen werden.

So ist also zu entscheiden, daß der Vater nach Beendigung des schwedischen Konkurses gemäß dem schwedischen Recht wieder „rechter Vormund" seiner Tochter war, daß mit dem Konkurs das Stadium des „Ruhens" zu Ende ging.

Daß die norwegische Vormundschaft in diesem Zeitpunkt noch nach norwegischem Recht bestand, ändert daran nichts[57]).

Jedenfalls aber war sie auch formell bereits am 26. März 1904 aufgehoben, mag man nun die Erklärung des Sorenskrivareembede als konstitutiv oder — dem Wortlaute gemäß — deklaratorisch ansehen.

V.

Stellung des Vaters als „rätte förmyndare".

Nachdem festgestellt ist, daß der Vater nach schwedischem Recht vom 18. Dezember 1902 ab wieder „rätte förmyndare", rechter Vormund seiner Tochter war, bedarf es der Unter-

---

[56]) Winroth, Svensk Civilrätt IV, S. 67; vgl. Nordling, Ärfda Balken S. 321; Flensburg, Sveriges Rikes Lag, S. 189.

[57]) Vgl. Haager Artikel 5: Dans tous les cas, la tutelle s'ouvre et prend fin aux époques et pour les causes déterminées par la loi nationale du mineur. (Winroth, IV, S. 406. — La Codification du droit intern. privé, Bulletin, 1907, S. 34.)

suchung, welche Rechte ihm als solchem zustanden, ob und unter welchen Voraussetzungen er die fraglichen Geschäfte im Namen seiner Tochter vornehmen konnte.

Inhaltlich unterscheidet sich die Stellung des Vaters als eines rätte förmyndare von der Stellung eines anderen „Vormundes" nicht[58]). Er hat dasselbe Verwaltungsrecht und dieselbe Vertretungsmacht und unterliegt denselben Beschränkungen.

Die gesetzlichen Bestimmungen in dieser Hinsicht sind außerordentlich dürftig. Sie sind enthalten im Ärfda Balken, Kap. 22: „hvad förmyndares pligt och skyldighet är." Es wird darin nicht geschieden, was seine — obligatorische — Pflicht ist, und welchen Umfang seine Verfügungs- und Vertretungsmacht hat.

§ 3 betrifft das unbewegliche Vermögen (jord och fasta gods), § 4 das bewegliche Vermögen (lösören).

§ 3. Ej må förmyndare bortsälja omyndiga barns jord och fasta gods, utan i nöd och trångmål; ej heller dem skifta, utan till barnens nytta, och tage närmaste fränders råd, och Domarens samtycke till det köp eller skifte, som i Jorda Balken sägs.

Eine Veräußerung des unbeweglichen Vermögens darf also nur erfolgen im Fall der Not und zum Besten des Mündels; dazu bedarf es des Rates der nächsten Verwandten und der Genehmigung des Richters.

§ 4. De lösören, som omyndig ej sjelf behöfver, böra till hans nytta föryttras, och hans redbara penningar skall förmyndaren så förränta och förkofra, som bäst och säkrast pröfvas. Men ej må förmyndare sjelf handla till sig något af den omyndigas gods, löst eller fast. „Die beweglichen Güter,

---

[58]) Winroth, IV, S. 171, S. 184, betont ausdrücklich, daß nach dem Gesetz kein Unterschied besteht, daß man allerdings in der Praxis besondere Rücksicht auf die Eltern nimmt. S. 171 oben. Innerhalb der weiten Grenzen der diskretionären Gewalt der Obervormundschaft ist dies wohl möglich.

deren der Unmündige nicht selbst bedarf, sollen zu seinem Nutzen veräußert werden, und für die Verzinsung und Vermehrung seines baren Geldes soll der Vormund sorgen, wie es am besten und sichersten ist. Der Vormund darf aber nicht selbst von dem Vermögen des Unmündigen, es sei bewegliches oder unbewegliches Vermögen, etwas an sich verhandeln“ [59]).

Winroth [60]) bemerkt dazu: „Die einzig unbedingt bindenden Vorschriften — nämlich die, welche unbewegliches Vermögen betreffen — sind sonach nur negativ. Die positiven sind wieder Ordnungsvorschriften, deren Außerachtlassung höchstens zur Schadensersatzpflicht des Vormundes und zu seiner Entlassung führen kann.“

Welche Macht danach dem Vormund, und dem Vater als Vormund zukommt, ist im allgemeinen einfach zu bestimmen: sie ist fast unbeschränkt.

Winroth führt aus: „Die höchste Norm bildet das Interesse des Mündels, und was dieses erfordert, darüber entscheidet im ganzen der Vormund allein“ [61]).

Er kann demnach über die Geldmittel des Mündels verfügen, gültig empfangen und ohne jede Kontrolle quittieren [62]). Er kann die Geldmittel für Rechnung des Mündels in einer Bank deponieren, sie ausleihen, Wertpapiere (Obligationen, Aktien und andere Papiere) ankaufen, in einem Geschäft anlegen, das für Rechnung des Mündels betrieben wird oder worin er Teilhaber ist [63]).

---

[59]) Der Entwurf, Lagkommissionens förslag till Ärfdabalk von 1694 war umfangreicher, aber auch nicht genauer in der Unterscheidung von obligatorischer Vorschrift und Verfügungsbeschränkung (Sjögren, Förarbetena IV, S. 185 ff.). Ebenso steht es mit dem Entwurf von 1717 (Sjögren V, S. 88 ff.). Der Entwurf von 1722 zeigt dieselbe Kürze wie die endgültige Fassung, von der er in Einzelheiten abweicht (Sjögren VI, S. 72).

[60]) Svensk Civilrätt Bd. IV, S. 175.

[61]) Winroth, Svensk Civilrätt IV, S. 177.

[62]) Winroth, IV, S. 180.

[63]) Winroth, IV, S. 180.

Die freie Verfügungsmacht des Vormunds über das bewegliche Vermögen des Mündels erstreckt sich auch auf Forderungen und Rechte [64]).

Schulden, welche der Vormund im Namen des Mündels übernimmt, sind für diesen verpflichtend. Eine Ausnahme ist nicht einmal für Wechsel und andere laufende Verbindlichkeiten [65]) zu machen, auch nicht für die Uebernahme von fremden Verbindlichkeiten, selbst wenn sie die Form von Bürgschaften haben [66]). Einen Geschäftsbetrieb kann der Vormund nach eigenem Ermessen aufheben oder auch beginnen [67]).

Eine Ausnahme machen nur Schenkungen im Namen des Mündels [68]).

Es ist eine große Machtfülle, die dem Vormund gewährt ist und die besonders im Gegensatz zu der Stellung des Vaters und dem Recht des Vormundes im deutschen Recht auffallend erscheint [69]) [70]).

Daß dies Resultat nicht befriedigen kann, liegt auf der Hand. Winroth selbst ist nichts weniger als erbaut von dieser Gestaltung des positiven schwedischen Rechts. Er hebt hervor, daß dem schwedischen Recht die erforderliche Aufsicht über die Vermögensverwaltung des Vormundes fehlt [71]), daß die

---

[64]) Winroth, IV, S. 181.

[65]) Löpande förbindelser. Darunter versteht man die „Verkehrsobligationen", Inhaber- und Orderpapiere, etwa „Umlaufspapiere". Vgl. „Negotiable Papiere", wie man früher sagte, und die „negotiable instruments" des englisch-amerikanischen Rechts.

[66]) Vgl. auch noch Winroth, IV, S. 17, Anm. zu H.B. 10, § 13.

[67]) Winroth, IV, S. 181.

[68]) Winroth, IV, S. 182.

[69]) Vgl. §§ 1643, 1812, 1821, 1822, B.G.B.

[70]) Eine noch stärkere Begrenzung der Verfügungsmacht des Vormundes enthält das russische Recht. Vgl. darüber Neubecker, Russ. Recht etc., Zeitschr. für vergl. R.W. Bd. XXI, S. 9 ff.

[71]) Bd. IV, S. XIII. Freilich gibt es Bestimmungen über Rechnungslegung (Ärfda Balken Kap. 23) und ein Gesetz über die Aufsicht über die Verwaltung (lag angående tillsyn å förmyndares förvaltning af omyndigs egendom von 1884), aber sie sichern nicht genügend.

freie Verfügung des Vormundes über das bewegliche Vermögen des Mündels dem Vormund die Möglichkeit eines unredlichen Verfahrens und auch eine ständige Versuchung dazu bietet [72]).

Im ganzen stimmt Nordling mit Winroth überein. Auch er bestätigt den Grundsatz, daß der Vormund für den Mündel Rechtsgeschäfte schließen kann [73]) [74]).

Wie aber steht es mit der Verpfändung von beweglichem Vermögen (lösören)? Nordling führt darüber folgendes aus [75]): „Die Verpfändung (pantsättning) von Mündelvermögen wird gültig, wenn der Pfandnehmer (pantemottagaren) nicht weiß, daß die Sache dem Mündel gehört. Weiß er davon, so wird sie dennoch gültig, wenn er keinen Anlaß zu einer anderen Annahme hat, als daß die Verpfändung für Rechnung des Mündels geschieht. Weiß er aber, daß das Eigentum dem Mündel zusteht, und daß die Verpfändung für eine Schuld des Vormundes erfolgt, so kann die Sache ohne Lösegeld (ohne Ersatz) zurückgenommen werden. Sollte das Pfand von diesem bösgläubigen Pfandhaber auf einen gutgläubigen Dritten übergehen, so ist dieser durch den guten Glauben gegen die Zurücknahme der Sache ohne Lösegeld geschützt."

Wie weit nach dieser Meinung die hier in Frage stehende Verpfändung, die zugleich für die Schuld des Vaters und der Tochter erfolgte, gültig ist, wäre nicht einfach zu entscheiden.

Nordling gibt keine Gründe an, und verweist weder auf Praxis noch auf Literatur.

Letzteres aus naheliegenden Gründen: sie ist an sich dürftig, abgesehen von den späteren Werken Winroths, und soweit sie sich mit Vormundschaftsrecht beschäftigt, geht sie

---

[72]) Bd. IV, S. XVII.

[73]) Nordling, Ärfda Balken S. 349. „Han eger ock ingå privata rättsärenden för myndlingen."

[74]) Aber einen Ehevertrag (äktenskaps förord) kann er nicht schließen, auch kein Testament errichten, auch nicht schenken.

[75]) Nordling, Ärfda Balken, S. 350.

auf diese Fragen nicht ein [76]). Anders aber steht es mit der Praxis. Backman [77]) berichtet über 2 Prozesse, welche von unmittelbarer Bedeutung in der vorliegenden Frage sind.

In beiden Fällen kam es zu einem Königlichen Urteil, K. Majestets dom [78]). Das ältere Urteil entspricht der Auffassung Nordlings, das jüngere Urteil steht dagegen auf dem Standpunkte Winroths.

Ueber das ältere Urteil vom 30. April 1846 berichtet Backman:

„Ein Vormund kann nicht wirksam für seine eigene Schuld einen auf seine Mündel ausgestellten und zu deren Sicherheit eingetragenen Schuldbrief verhypothezieren (d. h. er kann nicht einen Hypothekenbrief, eine hypothekarisch gesicherte und verbriefte Forderung verpfänden). A., Vormund für V.'s Kinder, gab der Witwe B. seine Verschreibung auf 2000 Reichstaler und verhypothezierte einen an A., in seiner Eigenschaft als Vormund für V.'s Kinder, gegebenen und zu deren Sicherheit auf dem Gute N. eingetragenen Schuldbrief von 3150 Reichstalern. Nach A.'s Tod wurde ein anderer Vormund bestellt. Derselbe verlangte von der Witwe B. Zurückgabe der oben genannten Hypothek ohne Lösegeld. Da die Witwe B. erkennen mußte, daß die Hypothek nicht dem A., sondern seinen Mündeln gehörte, und obwohl, wie die Witwe B. unbewiesen behauptete, A. bei Aufnahme des Darlehens angegeben hat, daß dies für Rechnung seiner Mündel geschehe, es jedoch nicht bewiesen ist, daß die 2000 Reichstaler, welche A. zu Darlehen erhalten hat, den Kindern des V. zu gute ge-

---

[76]) So z. B. enthält Nehrman, Ärfda Balken 1752, nichts, auch Schrevelius, Lärobok III, S. 367, fördert nicht.

[77]) Backman, Juridisk Handbok 1883 I, S. 179—180.

[78]) D. h. zu einem Urteil in höchster Instanz, in Högste Domstolen. Vgl. darüber Broomé, Allmänna Civilprocessen S. 18 ff., 302 ff.; Åkerblom, om Svenska konungens domsrätt, Göteborg 1869; Karlsson, Den svenske konungens domsrätt och formerna för dess utöfning under medeltiden. Stockholm 1890.

kommen sind, so soll vorgenannter verhypothezierter Schuldbrief von der Witwe B. ohne Lösegeld zurückgegeben werden."

Das Urteil, wie es bei Backman abgedruckt ist, gibt keine Gründe. Es wird einfach der Satz aufgestellt, daß die Verpfändung von beweglichem Mündelgut für eine Schuld des Vormundes nicht wirksam ist. Indirekt kann man aus dem Urteil entnehmen, daß es anders liegt bei Gutgläubigkeit des Pfandnehmers sowie bei einer Verpfändung für eine Schuld des Mündels, oder auch zu gunsten desselben nach dem Grundgedanken der nützlichen Verwendung.

Anders das zweite Urteil des Obersten Gerichts, K. Majestets dom vom 10. Dezember 1866. Backman ist hier ausführlicher: „In einer bei dem Stockholmer Stadtgericht (Rådsstufvurätt) eingereichten Klage auf Rückerstattung (ohne Lösegeld) von zwei einer unmündigen Person gehörenden Aktien, welche von deren Vormund verpfändet worden waren, äußerte das Stadtgericht im Urteil vom 13. November 1865: da es unstreitig ist, daß Bergmeister B. Vormund für seine Schwester C. E. B. gewesen ist, als die in Frage stehenden, ihr gehörigen Aktien von ihm an Holm verpfändet wurden, und daß bei solchem Verhältnis S., welcher von Holm die Aktien empfing, gegründeten Anlaß hatte, die Richtigkeit von B.'s Verfahren mit diesen Aktien nicht in Frage zu ziehen, da er über diese Aktien ein solches Verfügungsrecht (rätt att förfoga) hatte, welches das Gesetz in Kap. 22 Ä. B. dem Vormund in Bezug auf das Vermögen des Unmündigen zuerkennt; deshalb und da kein Beweis erbracht worden ist, daß S. betrügerisch gehandelt hat oder nicht in gutem Glauben gewesen ist, — so wurde die gegen die Witwe von S. gerichtete Klage auf Rückgabe der Aktien ohne Lösegeld zurückgewiesen."

Dagegen ließ sich das Svea Hofrätt im Urteil vom 29. März 1866 folgendermaßen aus:

Da es unstreitig ist, daß die fraglichen Aktien der C. E. B. gehörten, und von ihrem ehemaligen Vormund, dem Bergmeister B. an Holm verpfändet wurden, welcher sie wiederum

dem S. als Pfand für ein erhaltenes Darlehen überließ, da der Vormund nach Kap. 22 § 4 Ä. B. nur zum Nutzen des Mündels über dessen bewegliches Vermögen verfügen (förfoga) kann, — und da B. die Aktien bewiesenermaßen für seine eigene Schuld verpfändete, ohne daß das auf das Pfand aufgenommene Darlehen zu einem größeren oder geringeren Teil dem Mündel zu gut kam; da auch die Aktien, insbesondere bei Vergleichung mit dem beigefügten Exemplar der Gesellschaftstatuten, unzweideutig das Eigentumsrecht der C. E. B. an denselben ergaben, und dagegen weder B.'s am 1. Januar 1860 ausgestellter Schuldschein noch die auf dessen Rückseite befindliche Bemerkung, daß als Hypothek dafür die zwei Aktien überlassen seien, auch nur eine Andeutung enthielten, daß die Schuld und Verpfändung von B. in seiner Eigenschaft als Vormund gemacht wurden, und nach der Beweisaufnahme auch nicht durch eine Angabe des B. oder sonst S. gegründeten Anlaß hatte, zu vermuten, daß die Beleihung für Nutzen oder Rechnung von B.'s Mündel geschehen sei, bei welchem Verhältnis angenommen werden muß, daß S. einsehen konnte und mußte, daß die Verpfändung von B. ungehörig und zum Schaden des Mündels vorgenommen sei, so erkannte das Hofrätt, unter Anwendung der in Kap. 12 § 4 und Kap. 11 § 4 H.B. bestimmten Grundsätze, für Recht, unter Aenderung des Urteils des Stadtgerichts, die Witwe S., welche kein besseres Recht am Pfande hatte, als ihr Mann, den sie beerbte, zu verpflichten, an T. und B. (die Nachfolger B.'s in der Vormundschaft) ohne Lösegeld die zwei Aktien herauszugeben oder deren vollen Wert zu ersetzen.

Auf untertäniges Aenderungsgesuch erkannte S. Kgl. Majestät als rechtsgemäß, unter Aenderung des Urteils des Hofgerichts (Hofrätt), die Entscheidung des Stadtgerichts zu bestätigen."

Backman bemerkt dabei, daß zwei Justizräte[79]) das Urteil des Hofgerichts billigten.

---

[79]) Justitie Råd ist die Amtsbezeichnung der Mitglieder des höchsten Gerichts (Högsta Domstolen). Vgl. Broomé, Civilproc. S. 18.

Der Prozeß ist in mancher Hinsicht lehrreich. Nach der Entscheidung des Stadtgerichts war der Vormund befugt, auch für eigene Schuld die Aktien des Mündels zu verpfänden; er hatte das Verfügungsrecht nach Kap. 22 Ä. B.

Aber damit begnügt sich das Stadtgericht nicht: sowohl deshalb als auch weil nicht bewiesen ist, daß der zweite Pfandnehmer S. betrügerisch gehandelt habe oder nicht in gutem Glauben gewesen sei, wird die Klage abgewiesen.

Wenn der Vormund Verfügungsmacht hat, wozu bedarf es dann der Hervorhebung des guten Glaubens? Worin soll dieser eigentlich bestehen?

Nach der Ansicht des Hofrätt hat die Verfügungsmacht des Vormunds ihre Schranke im Interesse des Mündels[80]. Insofern wäre die Bestimmung von Ä. B. 22 § 4 nicht nur obligatorisch bindend, sondern sie wäre dinglich, absolut wirksam.

Gutgläubige Dritte sollen dagegen geschützt werden — nach H.B. 12, 4 und 11, 4.

Diese Schranke, welche das Hofrätt dem Verfügungsrecht des Vormundes ziehen wollte, sollte im Nutzen des Mündels liegen. Danach wäre also eine Verpfändung für ein Darlehen zu gunsten des Mündels gültig, sei es, daß das Darlehen im Namen des Mündels aufgenommen wurde, sei es, daß das Darlehen ihm „zu einem größeren oder geringeren Teil zu gute kam".

Das ist auch der Grundgedanke des vorerwähnten Urteils des Obersten Gerichts von 1846.

Das Urteil des Obersten Gerichts lautete dieses Mal aber anders: es stellte die Entscheidung der ersten Instanz wieder her. Gründe sind nicht angegeben; sie werden sich wohl mit der Auffassung des Rådstufvurätt decken.

Es ist nicht zu verkennen, daß in dem Urteil des Höchsten

---

[80]) Vgl. über russisches Recht und verwandte Erscheinungen Neubecker, Russisches Recht etc., Zeitschr. für vergl. R.W. Bd. XXI, S. 13.

Gerichts von 1846, sowie in dem des Svea Hofrätt von 1866 die löbliche Tendenz liegt, das exorbitante Verfügungs- und Vertretungsrecht des „Vormundes" einzuschränken. Es hätte sich so ein Gewohnheitsrecht im Wege des Gerichtsgebrauches herausbilden können. Aber davon kann, jedenfalls angesichts des Urteils höchster Instanz vom Jahre 1866, keine Rede sein. Wie die Verhältnisse liegen, wird nur das Eingreifen der Gesetzgebung eine Aenderung bringen können.

Aber ob man nun das Verfügungs- und Vertretungsrecht des Vormundes bezüglich des beweglichen Mündelvermögens als dinglich unbeschränkt annimmt oder ob man es durch den Zweckgedanken, durch das Interesse des Mündels (dinglich) beschränkt ansieht, für den vorliegenden Fall kommt man doch zu derselben Entscheidung.

An der Gültigkeit der anderen Geschäfte, außer der Verpfändung, kann nach schwedischem Recht kein Zweifel sein: die Darlehensaufnahme sowie der Erwerb der Anteile der Erwerbsgesellschaft im Namen der Tochter durch den Vater als „Vormund" waren wirksam.

Die Verpfändung der Policen war es nicht minder. Sie war natürlich wirksam, wenn man das unbeschränkte Verfügungsrecht des Vormundes annimmt; sie war es aber auch dann, wenn man diesem Verfügungsrecht die im Hofrättsurteil von 1866 und im Högsta Domstolsurteil von 1846 zugedachten Schranken ziehen will. Denn die Verbindlichkeit des Vaters war zugleich die der Tochter; beide waren Gesamtschuldner. Die Verpfändung erfolgte nicht nur für eine rein einseitige Schuld des Vaters; sie war zugleich eine Sicherung der Schuld der Tochter, wie der Vertrag ausdrücklich sagt. Daß aber für eine Schuld des Mündels dessen bewegliches Vermögen (lösöre) durch den Vormund verpfändet werden kann, steht außer Zweifel.

So erübrigt sich auch — wozu das Hofgerichtsurteil Anlaß geben könnte — das Eingehen auf die Frage, ob nicht etwa unter dem Gesichtspunkt der Verwendung die Verpfän-

dung aufrecht zu erhalten war, da der Vater die gedachten Geschäfte schloß, um sich eine Existenz neu zu gründen und seiner Tochter Unterhalt zu gewähren.

VI.

Die Geschäftsfähigkeit der 15jährigen Personen.

Mit dieser Feststellung, daß der Vater als rechter Vormund an sich zur Verfügung und Vertretung befugt war, und daß er als solcher die gedachten Geschäfte abschließen konnte, kann man sich noch nicht zufrieden geben. Es bedarf noch der Untersuchung, ob nicht Ärfda Balken 19 § 1 Satz 2 Anwendung findet, da die Tochter bereits 18 Jahre alt war.

Ärfda Balken 19 § 1 bestimmt:

Den som ej hafver fyllt tjuguett år ege icke makt, att sjelf förestå sitt arf. Kan han sig något förvärfva, deröfver må han sjelf råda, sedan han femton år gammal är.

„Wer noch nicht 21 Jahre vollendet hat, hat keine Macht, selbst seinem Erbe vorzustehen. Kann er sich selbst etwas erwerben, so kann er darüber selbst verfügen, sobald er 15 Jahre alt ist."

Das galt ursprünglich nach dem Gesetz von 1734 nur für Personen männlichen Geschlechts.

Für Mädchen, — im Gegensatz zu Ehefrauen und auch zu Witwen [81]) — galt ursprünglich § 2 Ärfda Balken Kap. 19: Mö, af hvad ålder hon vara må, stånde under förmynderskap. Ein Mädchen, welchen Alters es sein mag, steht unter Vormundschaft.

Diese Bestimmung ist durch das Gesetz vom 5. Juli 1884,

---

[81]) Ehefrauen stehen unter målsmanskap des Ehemannes, Witwen dagegen sind selbständig, Ä.B. 19, § 3: Enka råde sig och gods sitt sjelf. Eine Witwe verfüge über sich und ihr Vermögen selbst. — Vgl. H.B. 10, § 13. Enka hafve makt att gå med sitt gods i borgen. — Vgl. die Entwicklung bei Winroth, IV, S. 18, Anm.; Nordling, Ä.B. S. 298 und 299.

Lag angående ogift qvinnas rätt att vid viss ålder vara myndig, geändert[82]).

§ 1 Ogift qvinna, som fyllt tjuguett år, vare myndig att sig och sin egendom sjelf råda och förestå.

Eine unverheiratete Frau, welche 21 Jahre vollendet hat, sei mündig, über sich und ihr Vermögen selbst zu verfügen und dem vorzustehen.

(Der § 2 gibt ihr die Möglichkeit, sich durch Anmeldung bei der Obrigkeit der Mündigkeit zu begeben und sie ist dann vom Gericht unter Vormundschaft zu stellen[83]).)

Das Gesetz spricht hier bei dem Mädchen, bei der unverheirateten Frau (ogift qvinna) nicht von dem Zwischentermin von 15 Jahren. Man wendet aber die Bestimmung analog an, so daß nunmehr beide Geschlechter in dieser Beziehung gleich behandelt werden[84]).

Das Gesetz unterstellt nun dem Vormund grundsätzlich das „Erbe“, dem 15jährigen, was er sich erwirbt[85]).

Daß diese Scheidung nicht genügt, ist klar.

Schon Nehrman[86]) erkannte dies und sprach den Grundsatz aus, daß alles Vermögen der Verwaltung des Vormundes unterstellt sei, ausgenommen, was sich der 15jährige Mündel selbst erwerbe.

---

[82]) Ueber die Entwicklung vgl. Winroth, IV, S. 19, Anm. Eine K. Förd. von 1863 hatte die Mündigkeit der Frau auf Vollendung des 25. Jahres gesetzt.

[83]) Eine Parallele bietet das deutsche Recht, indem eine Mutter sich einen Beistand erbitten kann, B.G.B. § 1687, Ziff. 2.

[84]) Flensburg, Sveriges Rikes Lag S. 182; Nordling, Ä. B. S. 299. Emellertid har genom praxis nämda stadgande (§ 1, Satz 2) blifvit utsträckt äfven till qvinna, som fyllt 15 år. Dafür, meine ich, spricht auch und vor allem die analoge Bestimmung in Ä. B. 16, 2, in der Fassung vom 30. Mai 1835, wo beide Geschlechter ebenfalls gleichgestellt werden und beide mit 15 Jahren über eigenen Arbeitserwerb testieren können.

[85]) Ueber die Entwicklung und das gesetzgeberische Kompromiß in dieser Vorschrift s. Winroth, Bd. IV, S. 17, Anm.

[86]) Föreläsningar öfver Ärfda Balken S. 231.

Ebenso Winroth[87]) und wohl auch Nordling[88]). Nordling führt aus, daß unter „arf" (Erbe) auch der Erwerb durch Gabe (Gåfva, Schenkung) und Testament zu verstehen sei, daß also „arf" ausdehnend, „forvärfva" mit Einschränkungen auszulegen sei. Winroth spricht genauer von „arbetsförvärf", und verweist auf die analoge Bestimmung im Testierrecht. Ä. B. 16, 2. „Man eller qvinna, som ej fyllt tjuguett år, må ej göra testamente, der ej han eller hon är eller förut varit gift. Den som fyllt femton år, må dock genom testamente bortgifva sådan egendom, den han eller hon genom eget arbete sig förvärfvat[89]). Eine zwingende Parallele, meine ich.

Ä. B. 19 § 1 Satz 2 handelt von den Verfügungen unter Lebenden, Ä. B. 16 § 2 von der Verfügung von Todes wegen.

Demgemäß spricht auch Flensburg vom Erwerb „genom eget arbete"[90])[91]).

Danach wird man wohl im vorliegenden Fall nicht von einer Art „Vorbehaltsgut" oder „verwaltungsfreiem Kindesvermögen" sprechen können. Im Zweifel unterliegt alles Mündelvermögen der vormundschaftlichen Verwaltung und Verfügung. Ein Anhaltspunkt, daß es hier anders sei, liegt nicht vor. So braucht auch nicht der Frage näher getreten zu werden, ob etwa neben der freien Verfügung des 15jährigen Unmündigen über das „errungene" Vermögen noch Raum für Verfügungen des Vormunds sei[92]).

---

[87]) Civilrätt IV, S. 17 Anm.

[88]) Ärfda Balken S. 298, vgl. S. 305.

[89]) Fassung nach der K. Förordg vom 30 Mai 1835.

[90]) Sveriges Rikes Lag S. 182 und Flensburg, Advokaten S. 202; vgl. auch das deutsche Recht. Für russisches Recht vgl. Neubecker, a. a. O.

[91]) Vgl. auch noch die parallele Bestimmung über das „Vorbehaltsgut" der Ehefrau. G.B. 9, § 1, mom. 2. Gesetz vom 1. Juli 1898.

[92]) Vgl. dazu Nordling, Ärfda Balken S. 298, 305 f. und ähnliche Fragen aus dem deutschen Recht zu §§ 112 und 113 B.G.B. — Die Frage wäre zu verneinen. Vgl. die Bestimmungen über die Postsparbanken. Uppström, 1908, S. 13 zu G.B. 9, § 1 Anm.

VII.

Rechtsgeschäftliche Unterwerfung unter deutsches Recht.

Noch eine nicht uninteressante Frage bleibt zu erörtern. Es war im Prozeß behauptet worden, daß die Parteien den Vertrag über die Verpfändung der Policen geschlossen hätten unter der Bedingung, daß das Vormundschaftsgericht des deutschen Wohnsitzes seine Genehmigung erteile. Diese Genehmigung habe der Vater nachgesucht, sie sei ihm aber vom Gericht verweigert worden. Damit sei eine Bedingung des Vertrages ausgefallen, und so der Vertrag unwirksam geworden. Ob das schwedische Recht eine obervormundschaftliche Genehmigung vorschreibe oder nicht, sei sonach für diesen Fall unerheblich.

Winroth[93]) bemerkt, daß ein Rechtsgeschäft von schwedischen Staatsangehörigen im Ausland durch den Willen der Parteien dem fremden Recht unterstellt werden könne, so daß der Inhalt des fremden Rechts als Vertragsbestandteil und Bedingung zu betrachten sei. Winroth meint, daß dies hauptsächlich in Betracht komme, wenn das fremde Recht einen höheren Mündigkeitstermin kenne.

An etwas ähnliches könnte man hier denken, nämlich daß die Parteien das Geschäft deutschem Vormundschaftsrecht und der Genehmigung deutschen Vormundschaftsgerichts unterwerfen wollten.

Nach Winroths Ansicht stünde dem das schwedische Recht nicht entgegen. Man wird zustimmen dürfen und für das Gebiet des deutschen Rechts dasselbe sagen können. Der Gültigkeit einer solchen Abrede stünden wohl keine Bedenken entgegen.

Fraglich könnte erscheinen, ob ein deutsches Gericht zu solcher Genehmigung zuständig sei. Da, wie oben erörtert

[93]) Svensk Civilrätt IV, S. 414.

wurde, auf dem vormundschaftlichen Gebiet subsidiär das Territorialprinzip gilt und auch im Art. 23 E.G. z. B.G.B. anerkannt ist, so würde der Tätigkeit des deutschen Gerichts in besagter Hinsicht nichts entgegen stehen. Selbst wenn man dies aber leugnen wollte, so würde davon der Vertrag als solcher nicht berührt werden.

Von viel größerer Bedeutung aber ist die Frage, wie denn solche „Abrede“ oder „Bedingung“ eines Vertrages aufzufassen wäre. Handelt es sich wirklich um eine „Bedingung“ in der eigentlichen juristischen Bedeutung dieses Wortes?

Wenn dem so wäre, so wäre die Entscheidung einfach und die oben wiedergegebene Parteideduktion richtig. Dann wäre natürlich der Vertrag bei Versagung der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht, möchte es zuständig sein oder nicht, unwirksam.

Es ist aber noch eine andere Auffassung möglich — und im allgemeinen näherliegend. Wenn die Parteien auf die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts Bezug nehmen, sie zur „Bedingung“ machen, so tun sie das in der Voraussetzung, daß nach dem maßgebenden Recht diese Genehmigung erforderlich ist. Es handelt sich dann nicht sowohl um eine „Bedingung“ im eigentlichen Sinn, sondern vielmehr um eine irrtümlich angenommene condicio juris; somit um einen unwesentlichen Bestandteil des Geschäftes, um einen formalen Bestandteil der Beredungen, der ganz überflüssig ist. Es wäre z. B. gerade so, wenn bei einem Geschäft eines deutschen Vormundes die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts eingeholt werden sollte in einem Fall, wo es einer solchen nach deutschem Recht nicht bedarf.

Diese Auslegung des Vorbehalts einer überflüssigen Genehmigung ist besonders dann angebracht, wenn die Parteien das Geschäft bereits vollzogen haben. Dann sehen sie eben das Geschäft wirklich als bindend an. Ebenso läge es, wenn die Parteien das Geschäft schließen, der Vormund oder Vater aber die „Verpflichtung“ übernimmt, die „Genehmigung“ des

Gerichts einzuholen. Ist die Genehmigung überflüssig, dann ist diese „Verpflichtung“ gegenstandslos.

So aber lag es in diesem Fall. Die Parteien glaubten, daß deutsches Recht maßgebend sei, und deshalb sollte die Genehmigung des Gerichts durch den Vater eingeholt werden. Die Parteien unterstellten sich nicht deutschem Recht, weshalb die ganze Tragweite eines etwaigen solchen Willens nicht zur Untersuchung steht; sie machten auch nicht besonders die Genehmigung des deutschen Gerichts zur Bedingung. Sie befanden sich einfach in einem Rechtsirrtum eigener Art, nämlich wesentlich über die zuständige Rechtsordnung. Dieser Rechtsirrtum ist aber unerheblich wie jeder andere Rechtsirrtum. Irrtum und falsche Voraussetzung unterwerfen und entziehen keiner Rechtsordnung. Der falsche Glaube an deutsches Recht macht dieses nicht zuständig.

VIII.

Zusammenfassung[94]).

Die vorstehende Untersuchung hat ergeben:

1. nach deutschem internationalen und nach schwedischem internationalen Privatrecht ist das schwedische Recht der Beurteilung zu Grunde zu legen;

2. nach schwedischem Recht erlangte der Vater mit Beendigung des Konkurses die Stellung eines „rechten Vormundes“ wieder;

3. als solcher war er befugt, die in Frage stehenden Geschäfte ohne eine obervormundschaftliche Genehmigung selbständig im Namen seiner Tochter abzuschließen.

---

[94]) Vgl. die Fragestellung des Gerichtes, oben S. 192 f.

IX.

Eigentumserwerb durch Spezifikation im jüdischen Rechte[1]).

Von

Dr. **Felix Goldmann**-Oppeln.

Einleitung.

Auch im jüdischen Rechte spielen die Erwerbsarten eine große Rolle, bei denen das Eigentumsrecht des Erwerbenden nicht von einem besonderen Erwerbsakt abhängig, sondern sekundär als eine meist unbeabsichtigte Folge (doch wird bei einzelnen dieser Arten die Gültigkeit des Erwerbs durch den Vorsatz nicht in Frage gestellt) einer Veränderung, die im Rechtsobjekt selber oder seinem Verhältnis zu anderen Rechtsobjekten liegt, herbeigeführt ist.

Diese originären Erwerbsarten des geltenden jüdischen Rechtes sind die folgenden[1a]):

I. Okkupation a) von herrenlosem Gute (hefqêr). Dazu gehört alles, was sich in der Wüste, im Walde und in Gewässern findet; b) von verlassenen Sachen. Rechtsgültiger Erwerb tritt dann ein, wenn seitens des ursprünglichen Eigentümers Verzicht eingetreten ist (jî'ûsch)[2]). Dieser Verzicht kann ein förmlicher sein, indem der Eigentümer ein Rechts-

---

[1]) [Vgl. auch Z. f. vergl. Rechtsw. XXI, S. 197 u. XXII, S. 32. Kohler.]

[1a]) Die Belegstellen der folgenden Ausführungen sind zu finden bei S. Mayer, Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer. Zweiter Band (Privatrecht), §§ 158—169. — Vgl. auch Kohler, Darstellung des Talmudischen Rechts, §§ 34—36.

[2]) Der Begriff des jî'ûsch ist weiter als der der Dereliktion, denn er umfaßt nicht nur die Besitzaufgabe in der Absicht der Eigentumsentäußerung, sondern auch den Verzicht nach zufälligem oder gewaltsamem Besitzverlust. Vom Zeitpunkt des (eventuell anzunehmenden) Verzichts an gilt die Sache als herrenlos.

objekt für herrenlos erklärt[3]), oder er wird vorausgesetzt, wo er logisch in Ansatz gebracht werden muß (so z. B., wenn etwas einem wilden Tiere entrissen oder aus der Meeresflut gerettet wird). Bei gefundenem Gute mit charakteristischen Kennzeichen wird Verzicht nicht vorausgesetzt, und der Fund muß zunächst in zweckmäßiger Weise bekannt gemacht werden (was schließlich, da der Begriff des charakteristischen Merkmals sehr weit gefaßt wird, fast für jeden Fund gilt). Beim gefundenen Schatze tritt je nach den zu berücksichtigenden Nebenumständen das Anwachsungsrecht des Grundeigentümers oder das Okkupationsrecht des Entdeckers in Kraft.

II. Ersitzung. Als Erleichterungsmittel für den Eigentumsbeweis sorgt die Ersitzung (chazâqâh), d. h. die in der ungestörten Besitzergreifung und dem Festhalten[4]) liegende Vermutung für das Eigentum. Die Ersitzung, die bei Immobilien und ihnen gleich zu achtenden Objekten angeht, tritt, wenn mit Behauptung eines Rechtstitels verknüpft, in drei Jahren ein[5]) und verlangt Eigenbesitz sowie bona fides.

III. Spezifikation, die Verfertigung einer neuen Sache aus vorhandenem Stoffe, begründet die in dieser Arbeit näher besprochenen Rechtsverhältnisse. Spezifikation umfaßt im jüdischen Rechte in gewissen Grenzen auch Adjunktion und Fruchterwerb.

IV. Fruchterwerb. Das Eigentum an den Früchten einer Sache, seien sie natürliche, durch menschliche Arbeit hervorgebrachte, oder juristischer Natur als Folgen von Rechtsgeschäften, erwirbt der Eigentümer der Sache, auch wenn sie sich in unrechtmäßigem Besitze befindet. Dies gilt von Im-

---

[3]) Es genügt auch eine Handlungsweise, welche diese Absicht zu einem deutlichen Ausdruck bringt. Der Eigentümer wirft z. B. seine Börse auf die Straße.

[4]) Das Verbum chizzaq bedeutet „ergreifen, festhalten". Chăzâqâh im weiteren Sinne bedeutet dann überhaupt die Rechtsvermutung (z. B. auf den Tod aus dem Lebensalter etc.).

[5]) Mit gewissen Modifikationen. Kohler a. a. O. § 36.

mobilien; Fruchtzuwachs an Mobilien wird ursprünglich stets, später mit gewissen Einschränkungen, als Spezifikation betrachtet und, falls er nicht im Besitz des Eigentümers erfolgt ist, demgemäß behandelt.

V. Verbindung. a) Durch Vermischung entsteht Miteigentum der einzelnen Eigentümer am Ganzen, sofern eine Absonderung unmöglich ist, dem Anteil entsprechend [6]). b) Die akzessorische Verbindung (Adjunktion), wobei die eine Sache zum Nebenbestandteil der anderen wird, betrachtet das jüdische Recht nicht als besondere Erwerbsart, sondern als eine Unterabteilung der Spezifikation. Die Hauptsache erwirbt die Nebensache, und nach der Trennung lebt das ursprüngliche Eigentum wieder auf.

VI. Anschwemmung. Die Lehre von der Anschwemmung ist wenig ausgebildet. Werden Immobilien vom Strome fortgerissen und anderswo angeschwemmt, so wird nach älterem Rechte geteilt. Nach dem neueren verschiebt sich das Verhältnis zu Gunsten des Bodeneigentümers. (Das einzige Beispiel sind fortgeschwemmte Oelbäume, die in fremdem Gebiet neu wurzeln. Nach tannaïtischem Recht teilen sich Baum- und Bodenbesitzer in den Wert, nach späterem tritt analog der Ersitzung nach drei Jahren Eigentum des letzteren ein, mit der Verpflichtung, den ursprünglichen Wert als Entschädigung zu zahlen [7]). Der Grund für die mangelhafte Ausbildung des Wasserrechts überhaupt liegt in der Bodenbeschaffenheit Palästinas.

I. Die tannaïtische Zeit.

Die Entwicklung bis zum Abschluß der Mischnâh, 200 n. Chr. Geb.

Der Satz, daß durch Spezifikation, durch Verarbeitung oder Umgestaltung eines fremden Stoffes zu einer neuen Sache, an

---

[6]) Beispiel vgl. Kohler a. a. O., § 35.

[7]) Mischnâh Bâbâʿ mesîʿa 8, 5. Schulchan ʿarûk, Chôschen mischpât, § 168. (Zu diesen wie allen folgenden Terminis siehe Zeitschrift XXI, 197—240 u. XVIII, 38—41.)

diesem Gegenstande ein Eigentumsrecht erworben ist, gehört schon zu den ältesten anerkannten Tatsachen des jüdischen Rechts. Dabei wird der Begriff der Spezifikation selbst auf solche Veränderungen ausgedehnt, welche sich aus der Natur einer Sache ergeben (wie z. B. das Altern der Tiere), sowie auf solche, die sich nur aus der veränderten Beziehung des Gegenstandes zu seiner Umgebung herleiten (wie Verzicht des Eigentümers, Namenswechsel, Besitzänderung). Ebenso wie man diese Veränderungen vom Standpunkte der Spezifikation betrachtet und sie dahin untersucht, ob und inwieweit sie erwerbskräftig sind, reiht man, wie erwähnt, auch andere originäre Erwerbsarten in dieses Gebiet ein, wie den Fruchtzuwachs und die Adjunktion. Natürlich ist dann in vielen dieser Fälle die Idee der Spezifikation nicht die Ursache des eventuell entstehenden Rechts, sondern nur die formale Erklärungsweise.

Schon die gesamte Rechtsentwicklung, die uns in unseren tannaïtischen Quellen zugänglich ist, steht unter dem Einfluß der Anschauung, daß Spezifikation rechtsgültig erwirbt. So gehört denn auch der abstrakte Rechtssatz, der diese Anschauung zum Ausdruck bringt, schinnui qônêh = „Veränderung erwirbt", entschieden der tannaïtischen Zeit an, wenn er auch literarisch erst in talmudischen Diskussionen nachweisbar ist[8]). Die anscheinend auffällige Tatsache, die schon früher hervorgehoben worden ist[9]), daß alte tannaïtische Rechtssätze sich erst in talmudischem Material Jahrhunderte später schriftlich fixiert finden, erklärt sich ohne weiteres, wenn man bedenkt, daß das kodifizierte Recht der tannaïtischen Zeit, die Mischnâh, rein kasuistisch ist, und daß der Notwendigkeit, allgemeine Rechtsgrundsätze zu prägen, dadurch genügt war, wenn man typische Fälle zu diesem Range erhob[10]). Den

---

[8]) Zitiert: Bâbâ Qammâ' 65b ff. u. ö.

[9]) Zeitschrift XXI, S. 212 f.

[10]) Vgl. Zeitschrift XXII, S. 53, u. vgl. S. 40 das. — Auch die vielen Zusammenstellungen der Mischnâh, die mit den Worten: zêh

Diskussionen der talmudischen Zeit blieb es dann vorbehalten, diese allgemeinen Gesichtspunkte zu erwähnen oder für sie einen Ausdruck zu schaffen, wenn er nicht vorhanden war. Was von diesen Rechtsgrundsätzen altes, und was junges Gut ist, läßt sich meist sprachlich erkennen, indem ersteres ein reineres Hebräisch darstellt, während letzteres in Wortschatz und Konstruktion aramäisch beeinflußt ist.

Der Satz, daß die „Veränderung erwerbe", hat nun nicht immer festgestanden. Ebenso wie im römischen Rechte diese Anschauung der Prokulianer von der entgegengesetzten der Sabinianer bekämpft wurde, bestand auch die Lehre, daß man durch Spezifikation nicht erwerbe, und zwar knüpft sich der Gegensatz an die Namen der beiden bekannten Rechtsschulen Hillels und Schammais [11]), von denen Hillels Anhänger die erstere, Schammais die letztere Ansicht vertraten. Die Fälle, aus denen dies hervorgeht, sind die folgenden: 1. Es heißt in einer Baraita [12]): „Gibt ein Mann einer Dirne als Buhlenlohn Weizen, und es wird zu Mehl verarbeitet, Oliven oder Trauben, und man macht sie zu Oel oder Wein, so sagt die eine Ansicht, die Produkte seien „verboten", die andere, sie seien „erlaubt". (Unter „verboten" und „erlaubt" ist die Verwendung zu heiligen Zwecken zu verstehen; nach der Anschauung, die die Produkte für erlaubt hält, ist der Makel

---

hakelâl = „dies ist die Regel", beginnen, sind nicht abstrakte Regeln, sondern allgemein gehaltene Fälle, Abstraktionen eines engen Gebiets.

[11]) Hillel und Schammai sind die berühmtesten Rechtsgelehrten aus der letzten Zeit des jüdischen Staates; die Differenzen ihrer Schulen wirken im jüdischen Rechte noch lange nach. Hillel vertritt meist die erleichternde, fortschrittlichere Richtung; er ist auch der Urheber des Prosbol (Zeitschrift XX, S. 178), Schammai ist Anhänger der erschwerenden, älteren Rechtsanschauungen, wofür vorliegende Fälle ein gutes Beispiel geben. Vgl. Schürer, Geschichte des jüdischen Volkes [3], II. Band, S. 359—363, der aber, dogmatisch befangen, das wahre Wesen der Differenz nicht richtig erfaßt hat.

[12]) Sie wird mitgeteilt Bâbâ' Qammâ' (im folgenden immer abgekürzt: B. Q.) 65 b.

durch die Spezifikation gelöst.) Nun überliefert Rab Josef im Namen eines Tannaïten Gorjôn aus Isporaq[13]), daß die Schule Schammais verbiete, die des Hillel erlaube, und der ersteren Grundsatz wird demgemäß folgendermaßen zum Ausdruck gebracht (die Formulierung mag auch der talmudischen Zeit angehören): schinnui bimqômŏh ʿômedet welô' qeni = „Veränderung bleibt an ihrer Stelle und erwirbt nicht", d. h. auch die verarbeitete Sache bleibt beim ursprünglichen Eigentümer (resp. — im obigen Falle — behält den ursprünglichen Charakter) und die Veränderung erwirbt nicht[14]).

Ganz analog ist der Gegensatz bei der „umgekehrten" Spezifikation[15]): „Wenn einer in die Ruine eines anderen steigt, und sie ohne Erlaubnis (d. h. suo nomine!) aufbaut, und er sagt dem Bodeneigentümer: „Gib mir mein Holz und meine Steine", so hört man nicht auf ihn. Rabban Simon ben Gamliel[16]) sagt: Die Schule Schammais entscheidet, er dürfe fordern (d. h. es gehört dem Stoffeigentümer), die Schule Hillels ist es, die da entscheidet, man höre nicht auf ihn (die also den Bodeneigentümer erwerben läßt).

Hillel und Schammai gehen in der Theorie auseinander. Ersterer vertritt das Recht der Arbeit und letz-

---

[13]) Sicherlich ein Tannaït, wenn auch den späteren Generationen angehörig. Die Lage des Ortes ist zweifelhaft; er liegt wahrscheinlich außerhalb Palästinas.

[14]) Die für die Art des Talmuds charakteristische Anknüpfung der modernen Lehre an einen Vers der Bibel sei hier mitgeteilt: Im Verse Deut. 23, 19 wird verboten, Dirnenlohn und Hundegeld ins Heiligtum zu bringen, und hinzugefügt wird: „Denn auch (gam) dieses beides ist dem Ewigen deinem Gotte ein Greuel". Aus dem zur Not entbehrlichen Worte „auch" wird geschlossen, daß es geschrieben ist, um auch verarbeiteten „Dirnenlohn" mit in das Verbot hineinzubeziehen und den Makel durch die Veränderung nicht gelöst sein zu lassen.

[15]) Tosefta B. Q. 10, 6, S. 367, Zeile 5. Der Verarbeiter spezifiziert sein eigenes Material zu Gunsten des Bodeneigentümers.

[16]) Lebte zur Zeit des jüdischen Krieges, 70 n. Chr. Schon zu seiner Zeit hatte sich das Prinzip der Arbeit im wesentlichen durchgesetzt!

terer das Recht des Stoffes, und schon das zweite der angeführten Beispiele hat uns gezeigt, daß sehr früh das Recht der Arbeit durchgedrungen ist, denn nach diesem Prinzip wird fortan entschieden. Was nun die den Entscheidungen zu Grunde liegenden Motive anbetrifft, so fehlen ja solche in den rein kasuistischen Rechtsquellen ganz, und man ist nur auf Vermutungen angewiesen. Der Grund für Schammais Anschauung, die neue Form gewissermaßen als eine Akzession zum Stoffe zu betrachten, die auch dem Eigentümer desselben zufallen müsse, muß in einfachen wirtschaftlichen Verhältnissen zu suchen sein. Sie gehört also der älteren Zeit an, in der bei vielen Gebrauchsgegenständen sich der Stoffwert von dem der verarbeiteten Sache nur unwesentlich unterschied, in der die Rohstoffe, auf die es ankam, an sich einen großen Wert besaßen, in der die Arbeitskraft billig und darum nicht allzu hoch geachtet war. Der Nachteil der Lehre vom Rechte des Stoffes ist logischerweise allen Völkern zum Bewußtsein gekommen, sobald man Bearbeitungen hatte, die den Wert des ursprünglichen Stoffes erheblich übertrafen. Der Vergleich des Stoffwerts mit dem Gebrauchs- und (später) Kunstwert der spezifizierten Sache führte auf die richtige Einschätzung des umwandelnden Faktors, der Arbeit, und so setzte sich das Hillelsche Prinzip endgültig durch[17]. Irgend eine Andeutung darüber, was dem Verarbeiter sein Recht verleiht, ob ein natürliches Recht auf Verwertung seiner Arbeit, oder die bekannte Anschauung, daß der neuentstandene Gegenstand, quia . . . antea nullius fuerat, okkupiert werde, findet sich nicht. Die Wahrscheinlichkeit spricht für das erstere. Der eigentliche Wert dieser Anschauung, die Förderung der Rechtssicherheit, kommt im jüdischen Rechte nicht recht zur Geltung, weil sie, konsequent durchgeführt, auch auf die böswillige Spezifikation

---

[17]) Kohler (Das Autorrecht) hat speziell nachgewiesen, daß diese Wahrheit eine von den Rechtsbegriffen ist, welche der menschlichen Vernunft am nächsten liegen und darum schon frühzeitig von der naiven Anschauung erfaßt worden sind.

ausgedehnt werden mußte. Nun handeln weitaus die meisten Fälle von Verarbeitungen seitens eines Räubers[18]), und es wäre tatsächlich über das Ziel hinausgeschossen, wollte man auch der unredlichen Arbeit einen derartigen Schutz verleihen.

Es ist nur naturgemäß, daß trotz des siegenden Arbeitsprinzips sich verschiedene Entscheidungen aus älterer Zeit erhalten haben, die, auf dem Standpunkte Schammais stehend, in späterer Zeit auf dem Wege der Interpretation auf eine andere theoretische Grundlage gestellt werden mußten[19]). Aus diesen seien die folgenden angeführt[20]): 1. „Rabbi Simon ben Jehuda (ein Tannaït der vierten Generation, um 170 n. Chr.) überliefert: Wer bei der Abgabe von der ersten Wolle an den Priester sie gefärbt hat, bevor er die Steuer entrichtet, ist trotzdem zur Steuer verpflichtet", d. h. er hat nicht durch diese Verarbeitung die Wolle „erworben", von der Abgabepflicht befreit. — 2. Rabbi Eliʿezer ben Jakob (wahrscheinlich der jüngere der beiden dieses Namens; dann, um 170 n. Chr., zur dritten Generation gehörig) überliefert: „Wenn einer eine Seâh Weizen raubt, sie mahlt, einweicht, bäckt und sodann die ‚Teighebe' (eine Abgabe) gibt, wie hat er da den Segens-

[18]) In seiner Darstellung des talmudischen Rechts, § 64, spricht Kohler die Anschauung aus, daß der Ausdruck „rauben" (gâzal) gleichbedeutend sei mit „unterschlagen". Das mosaische Recht kennt die Unterschlagung sehr wohl (III. Mose 5, 21). Aus diesem und dem folgenden Verse geht nun hervor, daß Raub und Unterschlagung rechtlich gleich behandelt werden (dieselbe Zusammenstellung III. Mose 19, 3), so daß man wohl sagen kann, daß für die Unterschlagung dasselbe gelte wie für Raub. Das Wort gâzal mag darum im späteren Schrifttum die verwandten Delikte der Unterschlagung und Veruntreuung mit umfassen, verliert aber die Bedeutung des „Raubens" durchaus nicht. Die milde Auffassung des Raubes darf nicht verwundern! Wird doch im deutschen Recht vor der P.G.O. Diebstahl als schwerer angesehen denn Sachenraub!

[19]) Vgl. S. 261 f.

[20]) Sie finden sich zusammengestellt Baraita B. Q. 93 b.

spruch zu verrichten? Antwort: Ueberhaupt nicht, denn ein solcher wäre hier eine Lästerung", d. h. der vom Raube herrührende Makel ist durch die Spezifikation nicht gelöst. — Weiter heißt es hier: Bei der Abgabe von Getreide des Ackerwinkels (Pe'a, Lev. 19, 9, 10; 23, 22; Deut. 24, 19—22) ist man verpflichtet, sie vom stehenden Getreide abzusondern, hat man dies nicht getan, so gibt man die Steuer von den Garben, ist dies nicht geschehen, so tut man es beim Getreidehaufen, bevor man ihn glättet. Hat man geglättet, so verzehntet man und gibt. Im Namen des Rabbi Ismael (Tannait aus der ersten Hälfte des zweiten Jahrhunderts) wird überliefert, „man müsse auch noch vom Teige absondern und geben", d. h. durch die Verarbeitung (wesentliche Verarbeitung ist erst die Umwandlung in Mehl etc., nicht aber das Schneiden, Dreschen etc.) hat der Herr nicht das Getreide „erworben", so daß es von der Abgabepflicht befreit wäre.

Es sei nun zugegeben, daß alle diese Beispiele, obwohl von den jüdischen Rechtsgelehrten als Beweise für das Wirken der Stofftheorie aufgefaßt, dennoch auch bei Annahme der Arbeitstheorie zur Not erklärt werden können, und daß also die später angeführten Erklärungen des Talmuds nicht nachträglich hineingetragene sind, sondern die wahren Motive angeben. Nicht ist dies jedoch möglich in folgendem, mit obigen zusammen angeführten Falle: Rabbi Simon ben El'azar (Zeitgenosse Jehûdâh Hanâsis, des Kompilators der Mischnâh, um 200 n. Chr.) sagt: „Bei jeder Verbesserung eines geraubten Gegenstandes, die seitens des Räubers geschieht, hat dieser die Oberhand. Will er, so nimmt er seine Verbesserung (ihren Wert), andernfalls gibt er die Sache in natura zurück." Letzteres wird nun auf den Fall einer Verschlechterung gedeutet, mit der Motivierung, daß „Veränderung an ihrem Orte bleibt", d. h. dem Stoffeigentümer gehört. Diese Begründung wird nicht auf einen Tannaïten, sondern auf einen Amoräer, einen talmudi-

schen Gelehrten, nämlich Rab Scheschet (zweite Hälfte des dritten Jahrhunderts in Babylon) zurückgeführt, würde also sogar zeigen, wie die Ansicht Schammais noch lange nachgewirkt hat.

Um die Erfordernisse der Spezifikation im jüdischen Rechte kennen zu lernen, kehren wir zu dem obigen Beispiel zurück, welches der Spezifikation vollständig analog ist. Viele Fragen werden schon in den Kreis der Erörterung gezogen. Zunächst hieß es da „ohne Erlaubnis" (belô' reschût). Der Gegensatz wäre „mit Erlaubnis", d. h. der Spezifikant hätte mit Wissen oder gar im Auftrage des Eigentümers gehandelt. Als erstes Erfordernis wird also verlangt, daß er suo nomine die Bearbeitung vorgenommen hat[21]). Ferner ist zu beachten, daß es sich hier um einen Fall handelt, in dem der frühere Zustand leicht wieder herzustellen ist. Das Haus kann abgerissen und in Balken und Steine zerlegt werden. Trotzdem hat auch bei einer solchen Verarbeitung der Spezifikant erworben!

Während diese letztere Frage nach der Rückführbarkeit aus dem tannaïtischen Rechte damit völlig ausscheidet, bedarf die erste Angelegenheit noch einer Klärung, indem man scharf dialektische Unterschiede gemacht hat, wann der Spezifikant suo nomine gehandelt hat und wann nicht. An sich steht der Satz fest, daß dem Stoffeigentümer ein Eigentumsverlust nur dann erwachsen kann, wenn die Veränderung oder Bearbeitung wider seinen Willen oder zum mindesten ohne seine Kenntnis erfolgt ist, daß dagegen der Spezifikant, falls ihm ein Auftrag zur Bearbeitung erteilt worden ist, „Beauftragter" (schelîach) ist und der Gegenstand dem Stoffeigentümer verbleibt. Wie nun, wenn der Beauftragte seine Aufgabe mißversteht und sie falsch erfüllt; wie, wenn er sie schlecht ausführt?

---

[21]) Es wäre auch möglich, den Ausdruck belô' reschût mit „gegen den Willen" zu interpretieren und schon hier ausgesprochen zu sehen, daß bona fides nicht erforderlich ist. Die oben angegebene Erklärung erscheint aber als die bessere.

Verschiedene Sätze der Tosefta haben sich mit diesen Fragen beschäftigt.

1. „Ein Zimmermann [22]), der einen Nagel in eine Kiste, eine Lade oder einen Schrank eintreibt, so daß der Gegenstand zerbricht, muß ihn bezahlen, weil er einer ist, der Lohn nimmt“ (nôsê' sâkâr) [23]). — Die Entschädigung ist selbstverständlich; daß im Schluß der Fall unter die Kategorie des „Lohnhüters“ subsumiert wird, hängt mit der Vorliebe für formale Einreihungen zusammen.

2. „Gibt einer [24]) einem Werkmeister Holz, daß er ihm einen Stuhl anfertige und er stellt an Stelle dessen einen Sessel her, so hat der Herr (Stoffeigentümer) die Oberhand (d. h. wenn er will, nimmt er den Gegenstand, wenn nicht, muß der Handwerker bezahlen). So entscheidet Rabbi Jehûdâh. Nach Rabbi Meïr [25]) dagegen bezahlt der Werkmeister den Wert des Holzes (d. h. den Gegenstand hat er durch die Verarbeitung erworben und behält ihn). Die Weisen [26]) gestehen dem Rabbi Jehûdâ zu, daß seine Ansicht richtig sei, wenn der Eigentümer Holz zur Anfertigung eines schönen Sessels resp. Stuhls gegeben habe und er stellt einen häßlichen her.“

Deutlich sind die Grenzlinien hier zu erkennen. Spezifikation liegt vor, wenn der Beauftragte den Willen seines Auftraggebers nicht zur Ausführung gebracht hat, gleichgültig, ob wider besseres Wissen oder nicht. Wer einen anderen

---

[22]) Tosefta B. Q. 10, 8 (S. 367, Zeile 10 ff.).

[23]) Vgl. Zeitschrift XXI, S. 200 u. 241 die Lehre von den „Hütern“.

[24]) Tosefta ibid.

[25]) Zwei der wichtigsten Tannaïten aus der dritten Generation (um 150). Letzterer verfaßte eine Gesetzessammlung, die unserer Mischnâh zu Grunde gelegt ist.

[26]) Nach dem Zitate dieser Stelle im Talmud, B. Q. 101a oben, ist es Rabbi Meïr, der an Stelle der Weisen diese folgerichtige Meinung äußert. — Im späteren Rechte dringt übrigens R. Jehûdâs Ansicht durch, weil nur eine Qualitätsveränderung angenommen wird. Siehe Anm. 36.

Gegenstand herstellt, handelt suo nomine und das sieht Rabbi Meïr ein. Für Rabbi Jehûdâh bleibt er trotzdem Beauftragter des Stoffeigentümers, eine Ansicht, die bei oberflächlicher Beurteilung recht wohl auf ein Bekenntnis zum Rechte der Sache zurückgeführt werden könnte. Die Weisen (Majorität der Rechtsgelehrten) zeigen die scharfe Grenze, indem sie betonen, daß bloße Qualitätsveränderungen gegenüber den Absichten des Eigentümers den Handwerker noch nicht zu einem erwerbenden Spezifikanten machen, sondern erst ein direktes Zuwiderhandeln [27]).

Eine weitere wichtige Frage ist der eventuelle Ersatz, den der erwerbende Spezifikant dem Stoffeigentümer zu leisten hat. Darüber heißt es [28]): „Wer Holz raubt und daraus Geräte macht, aus geraubter Wolle Kleider anfertigt, bezahlt den Wert, wie er zur Zeit des Raubes war. Raubt er eine trächtige Kuh und sie gebiert, ein wolliges Mutterschaf und er schert es, so bezahlt er den Wert der vor dem Gebären stehenden Kuh und des nicht geschorenen Schafes. Raubt er eine Kuh, und sie wird in seinem Besitze trächtig und gebiert, ein Schaf, dessen Wolle dann wächst, und er schert es, so bezahlt er den Wert des Tieres, wie er zur Zeit des Raubens war.

---

[27]) Dabei bleibt es denn auch. Obwohl die Spezifikation noch öfters in diese Materie hineingezogen wurde, stellt der Talmud (B. Q. 99 a) deutlich fest: „Alle Welt ist der Ansicht, daß der Handwerker durch die Verbesserung des Gerätes nicht erwirbt". — Daß die Differenz zwischen Rabbi Meïr und Rabbi Jehûdâh nicht etwa darin besteht, daß ersterer der S. Erwerbskraft zuspricht, letzterer aber nicht, zeigt sich in einer Baraita (B. Q. 102 a). „Wenn einer sein Geld seinem Boten gibt, daß er Weizen kaufe, und er kauft Gerste oder umgekehrt, so muß nach dem einen Lehrer der Bote den eventuellen Verlust tragen, kann dafür aber den eventuellen Vorteil behalten. Nach dem anderen trägt er den Verlust, ist aber an einem Gewinn nur zur Hälfte beteiligt." Diese Baraita wird richtig auf Rabbi Meïr und Jehûdâh zurückgeführt. Die Differenz ist die oben angegebene; die Materie ist der Lehre von der Spezifikation analog behandelt worden.

[28]) Mischnâh B. Q. 9, 1.

Das ist die Regel: Alle Räuber bezahlen den Wert, den die Sache in der Stunde des Raubes gehabt hat." Dasselbe findet sich auch in der Tosefta[29]) mit anderen Beispielen und dem Zusatz: „Rabbi Simon ben Elʿazar sagt: Bei allem, was der Räuber verbessert, ist seine Hand zu oberst. Will er, so zahlt er den Wert, den die Sache zur Zeit des Raubens hatte, sonst gibt er sie, wie sie ist, zurück."

Aus dem Angeführten ergibt sich zunächst, daß der böswillige (und also auch der nicht gutgläubige) Spezifikant den Stoffwert bezahlt, und zwar die Höhe, die er zur Zeit des Besitzüberganges hatte. Dieser Zeitpunkt ist gewählt, weil er weit eher als der Moment der beginnenden Veränderung objektiv abgeschätzt werden kann. Daß ein solcher Termin genannt wird, ist wegen der besonders beim Vieh häufig vorkommenden Preisschwankungen notwendig. Der der Tosefta angefügte Satz, Meinung eines einzelnen und nicht rezipiertes Recht, daß der Räuber Oberhand habe, gilt nur für den Fall, daß die Spezifikation eine Verbesserung der Sache bedeutet. Hat sie dadurch eine Minderung erfahren, ist diese Entscheidung unbillig.

Ebensowenig ist die Entscheidung aus dem analogen Falle der umgekehrten Spezifikation bei der Frage der Ersatzpflicht übertragen worden. Es heißt[30]): „Wenn einer in die Ruine seines Nächsten geht und sie ohne Erlaubnis aufbaut, so schätzt man ab und seine Hand ist zu unterst" (d. h. man schätzt die Wertdifferenz zwischen den Ausgaben für den Bau und der durch die Arbeit erzielten Verbesserung. Ist der entstandene Mehrwert größer als die Ausgaben, so erhält der Erbauer letztere, im umgekehrten Falle den ersteren herausgezahlt). Hier ist eigentliche Spezifikation nicht angenommen. Es ist der Nachdruck darauf gelegt, daß

---

[29]) Tosefta B. Q. 10, 2 (366, 25 ff.).

[30]) Tosefta B. Q. 10, 7, S. 367, Zeile 7 ff. Der im folgenden berührte Streit zwischen Hillel und Schammai ist der auf S. 237 beschriebene.

der Bau auf fremdem Boden aufgeführt ist, während der Spezifikant auch eigenes Material verarbeitet. Bei Betonung des fremden Bodens ist die Entscheidung eher zu verstehen, wenn man auch, da der Spezifikant zwar ohne Erlaubnis (belô' reschût), aber bona fide handelt, die Ersatzpflicht als zu niedrig anfechten könnte. Bodenerwerb durch Spezifikation ist natürlich auch nach jüdischem Rechte ausgeschlossen.

Zum Ersatze des Stoffwertes wird auch der gutgläubige Spezifikant verpflichtet gewesen sein, wenn auch aus einem Falle das Gegenteil geschlossen werden könnte. Es ist der etwas absonderliche, bereits oben erwähnte, daß einer nicht die Zeit gefunden hat, dem Priester die Abgabe von der ersten Schafschur zu geben, bis er die Wolle gefärbt hat. Die Veränderung erwirbt, und er ist überhaupt frei von der Verpflichtung, die Wolle zu geben[31]). Die Kommentare erklären nun übereinstimmend, daß er nicht einmal den Wert der Wolle zu zahlen brauche. Darin bildet dieser Fall allerdings eine Besonderheit, daß die Person, die auf den Ersatz Anspruch erheben kann, nicht feststeht. Denn nach dem Gesetze hat gewiß irgend ein Priester ein Anrecht auf die Wolle, es steht aber ganz in der Hand des Eigentümers, wem er sie geben will. Legitimiert, sie zu verlangen, ist keiner. Es ist darum überhaupt fraglich, ob man von einem Eigentumserwerb durch Spezifikation reden kann, da hier nicht von einem fremden Eigentum, sondern von einer auf der Sache liegenden Verpflichtung die Rede ist. Der Spezifikant löst sein Eigentum von dieser Verpflichtung, und so kann man diesen Fall nicht als eine Analogie heranziehen, um über die Ersatzpflicht eines gutgläubigen Spezifikanten im allgemeinen etwas zu entnehmen.

Um schließlich noch die Frage des guten Glaubens zu berücksichtigen, ist es bereits aus den gegebenen Beispielen

---

[31]) Baraita B. Q. 66a.

klar, daß bona fides nicht erforderlich ist. Selbst die Arbeit des Räubers genießt den Schutz des Gesetzes.

Wir wenden uns nunmehr noch zu der für das jüdische Recht außerordentlich wichtigen Begriffsbestimmung der Spezifikation, d. h. zur Untersuchung, welche Art und welchen Umfang die Veränderung einer Sache haben muß, wenn diese dadurch im Sinne des Gesetzes für den Spezifikanten erworben sein soll.

A. Eigentliche Bearbeitung.

Die erste große Gruppe umfaßt alle solche Veränderungen, welche willkürlich an Sachen vorgenommen werden, um neue wirtschaftliche Werte zu schaffen. Dabei ist zu unterscheiden, a) ob die Sache an sich bearbeitet oder ob sie b) ohne wesentliche Formänderung verarbeitet wird.

a) Die Bearbeitung einer Sache (eigentliche Spezifikation).

Beispiele: 1. „Wer[32]) Holz raubt und es abhobelt, Steine und sie glättet, Wolle und sie bleicht, Flachs und ihn reinigt, bezahlt den Wert, den die Sache zur Zeit des Raubes hatte (und hat sie erworben)."

2. „Wer[33]) Wolle raubt und sie bleicht, Gesponnenes und es bleicht, Flachs und ihn reinigt, Steine und sie glättet, bezahlt etc. (wie oben)."

3. Der oben[34]) erwähnte Fall, daß man einem Handwerker Holz zur Anfertigung eines Sessels gibt und er macht einen Stuhl (oder umgekehrt). Nach Rabbi Meïr lag Spezifikation vor, Rabbi Jehûdâh betrachtete den Werkmeister als Beauftragten.

---

[32]) Baraita B. Q. 93b.

[33]) Tosefta B. Q. 10, 2, S. 366, Zeile 25 ff. Als Zusatz die Bemerkung des R. S. b. El'azar (S. 12).

[34]) S. 242.

4. Wenn einer[35]) Wolle dem Färber gibt, damit sie rot gefärbt werde, und er färbt sie schwarz oder umgekehrt, sagt Rabbi Meïr, daß der Färber dem Stoffeigentümer den Wert der Wolle ersetzt (nimmt also Spezifikation an). Rabbi Jehûdâh sagt: Wenn der durch das Falschfärben entstandene Mehrwert der Wolle die Färbekosten übersteigt, so erhält der Färber die letzteren. Uebersteigen die Ausgaben des Färbers den erzielten Mehrwert, so erhält er diesen. (Dieselbe theoretische Grundlage wie im vorhergehenden Fall[36]).)

5. „Wer[37]) Holz raubt und daraus Geräte macht, Wolle und Kleider anfertigt, bezahlt etc. (wie oben)."

6. „Wenn[38]) einer Holz raubt und Geräte daraus macht, ja (d. h. er muß den Wert bezahlen und hat erworben), wer es abhobelt, nein (d. h. er gibt es in natura wieder)[39]). Wenn einer Wolle raubt und daraus Kleider macht, ja; wenn er sie nur bleicht, nein[40])!"

Ebenso gehören hierher die folgenden Beispiele:

7. Die oben[41]) angeführte Baraita, in der die Verarbeitung von Weizen zu Mehl, Oliven zu Oel, Trauben zu Wein erwerbende Spezifikation darstellt.

8. Die oben[42]) angeführten, auf dem Standpunkte der

---

[35]) Mischnâh B. Q. 9, 4.

[36]) Die Halâkâh (endgültig rezipierte Entscheidung des heutigen Rechts) nimmt die Ansicht des Rabbi Jehûdâh an, sieht also in dem Falschfärben nur eine Qualitätsveränderung, aber keine Handlung suo nomine. Schulchan arûk. Chôschen mischpât § 306, 3.

[37]) Mischnâh B. Q. 9, 1.

[38]) Baraita B. Q. 93 b.

[39]) Der Räuber muß das geraubte Gut in natura zurückgeben, soweit es noch vorhanden ist. Als Strafe zahlt er ein Viertel des Wertes (ein Fünftel von der ganzen sich ergebenden Summe) und bringt ein Veruntreuungsopfer.

[40]) Das Abhobeln und das Bleichen gelten, wie auf S. 248 näher auseinandergesetzt wird, nicht als selbständige Veränderungen, sondern als Teilprozesse einer solchen.

[41]) S. 236.

[42]) S. 240.

Stofftheorie stehenden Fälle, die von der Verarbeitung des Getreides in all seinen Zwischenstufen sprechen.

9. Hat[43]) einer (Vieh) gestohlen und geschlachtet, und es kommt ein anderer und stiehlt vom Diebe, so bezahlt der erste das Vier- resp. Fünffache (die ordnungsmäßige Diebstahlsstrafe), und der zweite nur das Kapital! (Nach der Regel, daß, wer vom Diebe stiehlt, nur den einfachen Wert bezahlt.) Hier hat die Baraita übersehen, daß es sich um Spezifikation handelt und daß der zweite Dieb das Doppelte bezahlen muß, oder, was noch wahrscheinlicher ist, es liegt ein alter Textfehler vor[44]).

In allen diesen Fällen handelt es sich um die Ueberführung eines Rohstoffs in eine Form, die seine wirtschaftliche Verwendung ermöglicht oder erleichtert. Der entstehende Mehrwert ist noch nicht allzu groß; der Fall des Kunstwerks mit erheblicher Differenz zwischen Stoff- und Verarbeitungswert, der im römischen Rechte eine so große Rolle spielt, ist den tannaïtischen Quellen noch fremd.

Für den Begriff der Veränderung sind die angeführten Beispiele 1 (2) und 6 besonders wichtig. Wann ist eine Veränderung eingetreten, welche erwerbskräftig ist? Daß Beispiel 1 (2) mit 6 in einem gewissen Widerspruch steht, ist klar ersichtlich. Denn in letzterem ist die Ansicht deutlich ausgesprochen, daß ein Teilprozeß der Verarbeitung darum noch nicht erwerbskräftig ist, weil noch kein neuer, selbständiger wirtschaftlicher Charakter vorliegt. Abgehobeltes Holz ist dasselbe, wie es vor dieser Verarbeitung war; erst die Zusammensetzung zu einem Gerät erfüllt die Erfordernisse der Spezifikation. Im ersten Beispiel gilt aber schon das Abhobeln als vollendete Bearbeitung.

Der Begriff des neuen wirtschaftlichen Charakters ist darum nicht feststehend, weil er vom subjektiven Ermessen von Menschen mit verschiedenen Anschauungen abhängig ist.

---

[43]) Baraita B. Q. 68 a.

[44]) Siehe S. 263.

Für den Händler ist gehobeltes Holz eine Art für sich neben dem ungehobelten, ebenso der behauene Stein, die gefärbte Wolle, der gereinigte Flachs neben den Rohprodukten. Er gibt sie in diesem Zustande weiter, und so stellt für ihn diese Phase vollendete Umwandlung dar. Für den Tischler aber, der aus Baumstämmen einen Schrank zimmert, ist erst dann von einer Veränderung die Rede, wenn der Rohstoff tatsächlich in die Form des neuen wirtschaftlichen Wertes übergeführt ist; die Zwischenstufen, in denen das Material ja nicht verharrt, kommen ihm als etwas selbständiges nicht zum Bewußtsein. Deutlich zeigt dies das Nebeneinander in Beispiel 6, indem erst die Vollendung des Gewandes und nicht schon das Färben als Spezifikation gilt. Die Entscheidung fällt, wie vorausgenommen werden soll, im Sinne des ersten Beispiels, d. h. als Spezifikation gilt jede Veränderung, die dem Stoffe einen anderen Charakter verleiht, gleichgültig, ob damit der auf die wirtschaftliche Umwandlung zielende Prozeß vollendet ist oder nicht.

Ebenso fraglich wie der Zeitpunkt, in welchem bei einem längeren Umwandlungsprozeß Spezifikation eingetreten ist, ist auch der Begriff dessen, was als eine wirkliche Veränderung angesehen wird. Während das Färben der Wolle als Spezifikation gilt, ist dies beim Bleichen nicht der Fall, denn es heißt als Zusatz zu dem Fall der Wolle, die als Hebe für den Priester zu entrichten ist[45]): „Hat einer keine Zeit gehabt, die Hebe zu geben, bis er gebleicht und noch nicht gefärbt hat, so ist er zum Geben verpflichtet." Eine Erklärung ist nur auf der Grundlage zu geben, daß das Bleichen noch nicht als wesentliche Bearbeitung gilt.

b) Die Verarbeitung einer Sache ohne Formänderung.

Diese Art der Veränderung zeichnet sich dadurch aus, daß der Charakter der verwendeten Sachen an sich nicht um-

[45]) B. Q. 93b. Vgl. S. 239.

gewandelt wird. Erst in der Zusammensetzung oder in der gemeinsamen Verwendung mit anderen erhalten sie den neuen wirtschaftlichen Charakter. Es ist also möglich, den ursprünglichen Zustand des Stoffes durch einfaches Loslösen aus dem Produkte wieder herzustellen.

Beispiele: 1. Das oben[46]) Erwähnte, daß einer mit eigenem Material auf fremdem Boden ein Haus aufbaut. Hier ist zwar der umgekehrte Fall, daß der Bodeneigentümer und Erwerber nicht zugleich auch der Verarbeiter ist. Das Rechtsprinzip ist aber dasselbe.

2. „Wenn einer[47]) einen Balken raubt und ihn in eine Burg einbaut, so sagt die Schule Schammais, man reiße die Burg ein und gebe den Balken seinem Eigentümer wieder. Die Schule Hillels dagegen entscheidet, daß man nur den Wert des Balkens bezahlt.“ Hier liegt Adjunktion vor, indem die dem fremden Eigentümer gehörige Sache so verarbeitet worden ist, daß sie durch die Verbindung einen neuen wirtschaftlichen Charakter angenommen hat, der für das Ganze von Wichtigkeit ist. Der Balken ist zu einem für das Bestehen des Hauses notwendigen Dachsparren geworden.

Spätere Zeiten haben gespürt, daß es sich hier um etwas anderes als die Spezifikation handelt, sie haben erklären wollen, es sei eine Spezifikation durch Aenderung des Namens, was sich aber nicht durchführen ließ[48]). Schließlich hat man erkannt, daß das starre Festhalten Schammais am Rechte der Sache in diesem Falle nur der Schikane Vorschub leisten könne Hillels Entscheidung hat man dann so erklärt, daß sie „mipnê taqqânat haschâbîm“[49]) erfolge, d. h. „wegen der Vorsorge für die Bereuenden; damit einem Bereuenden der Wille zur Zurückerstattung nicht unmöglich gemacht werde“. Man sah ein,

---

[46]) S. 237.

[47]) Tosefta B. Q. 10, 5, S. 367, Zeile 3; Gittin 55a; in kurzer Fassung zitiert B. Q. 66b unten.

[48]) Siehe S. 273.

[49]) Die Ausführung findet sich B. Q. 66b und 67a.

daß einer, der aus Versehen fremdes Gut mit in seinen Bau eingearbeitet hatte, bei Hillels Entscheidung sich leicht zum Bekenntnis seines Unrechts und damit zur Erstattung des Stoffwerts an den Eigentümer veranlaßt sehen würde, während er, wollte man die strengen Folgen Schammais eintreten lassen, naturgemäß mit allen, auch mit unrechten Mitteln das tatsächliche Eigentumsrecht des anderen bestreiten müßte. Wäre die Anschauung der Schule Schammais Gesetz geworden, so würde die Ausübung des Rechtes meist nur den Zweck haben können, dem anderen erheblichen Schaden zuzufügen. So sieht man, wie trotz der formalen Erklärung durch Annahme der Spezifikation, auch dem jüdischen Rechte der wahre Grund für den Eigentumserwerb durch Adjunktion aufgegangen ist, der Grundsatz: malitiis non esse indulgendum.

B. Veränderungen, die sich aus der Natur der Sache ergeben.

a) Notwendig eintretende Veränderungen.

Beispiele: 1. „Raubt[50]) einer Vieh oder Sklaven, und sie werden alt, so bezahlt er den Wert, den sie in der Stunde des Raubens hatten. Rabbi Meïr entscheidet, bei Sklaven könne der Räuber sagen: Hier hast du dein Eigentum wieder!"

2. (Tosefta) „Raubt[51]) einer Sklaven und sie werden alt, Bäume und sie werden alt, . . . so gibt er sie in ihrem gegenwärtigen Zustand zurück."

3. (Tosefta) „Raubt[52]) einer Sklaven und, nachdem sie alt geworden sind, verkauft er sie; Bäume, die alt werden, und er fällt sie, . . . so bezahlt er, was sie zur Zeit des Raubes wert waren. Dies ist die Regel: Sobald etwas Geraubtes vorhanden ist und der Naturzustand sich nicht verändert hat, so gibt man es in natura zurück. Ist der Naturzustand verändert, so be-

---

[50]) Mischnâh B. Q. 9, 2.

[51]) Tosefta B. Q. 10, 3, S. 366, Zeile 27 ff.

[52]) Ibid. 10, 4.

zahlt man den Wert, den es zur Zeit des Raubens hatte. Diebe (die ja nicht den Gegenstand zurückgeben, sondern das Doppelte des Wertes zahlen) ersetzen immer so."

Tosefta und Mischnâh stehen im Widerspruch. Der letzte Satz spricht den Grundsatz der Spezifikation für den Spezialfall des Raubes klar und logisch aus, und die Widersprüche liegen nicht in der Anerkennung oder Nichtanerkennung der Erwerbsfähigkeit der Spezifikation, sondern in der Frage, ob diese Veränderungen im Sinne des Gesetzes auch als solche zu betrachten sind.

Die Mischnâh (Beispiel 1) hält das Aelterwerden für eine erwerbende Veränderung. Natürlich wird darunter ein solches zu verstehen sein, das über eine ganze Reihe von Jahren geht und demgemäß irgendwie sichtlich zu Tage tritt, z. B. im Aussehen, im geringeren oder größeren Fruchtertrag. (Daß Rabbi Meïr, sonst ein Anhänger des Erwerbes durch Spezifikation, die Knechte nicht erworben sein läßt, liegt daran, daß er sie, wie sonst allgemein, zu den Immobilien rechnet, für die natürlich andere Gesetze gelten)[53]. — Die Tosefta sieht dagegen im Aelterwerden keine Spezifikation und ordnet die unveränderte Rückgabe an. Erst wenn noch eine Veränderung des Zustands hinzukommt, sei es ein abermaliger Besitzwechsel durch Verkauf des Sklaven oder eine Veränderung der Sache durch Fällen des Baumes (das allein *nicht* als Spezifikation gilt)[54], wird im Zusammenwirken der beiden Faktoren Spezifikation angenommen, was daraus ersichtlich ist, daß der Ersatz nach der für sie geltenden Regel angesetzt ist.

Diese notwendig eintretenden Veränderungen sind zuweilen mit einem *Namenswechsel* verbunden, eine Tatsache, die in talmudischer Zeit zu vielen Folgerungen geführt hat. Aus

---

[53]) Doch ist die Lesart recht unsicher, denn an anderer Stelle (B. Q. 95 a) wird obige Mischnâh gerade umgekehrt tradiert, indem dem R. Meïr der Hauptsatz und den Gelehrten die Einschränkung bezüglich der Sklaven zugeschrieben wird.

[54]) Siehe S. 265.

der tannaïtischen Epoche sind darüber folgende Fälle zu verzeichnen:

1. Der Satz eines Rabbi 'El'ai[55]): „Wenn einer ein Lamm stiehlt, und es wird ein Widder; ein Kalb, und es wird ein Ochs, so ist eine Veränderung in seiner Hand geschehen, und er hat das Tier erworben. Schlachtet er es dann und verkauft es, so schlachtet und verkauft er sein Eigentum."

2. Dagegen wird eingewendet: „Stiehlt[56]) einer ein Lamm oder Kalb und es wird ein Widder resp. Ochs, so bezahlt er das Doppelte, resp. wenn er es rituell[57]) geschlachtet oder verkauft hat, das Vier- und Fünffache nach seinem Werte zur Zeit des Stehlens."

Die Bedeutung der hinzugetretenen Namensänderung besteht darin, daß sie die Umwandlung endgültig feststellt. Das erste Beispiel steht auf dem Standpunkt der Mischnâh und hält das Aelterwerden für Spezifikation. Das zweite Beispiel nähert sich dem Standpunkte der Tosefta, indem der Dieb auch nach solcher Veränderung nicht sein, sondern fremdes Eigentum schlachtet und demgemäß bestraft wird. Dabei ist es eine gewisse Inkonsequenz, den Ersatz nach dem Werte zur Zeit des Stehlens zu berechnen, anstatt zur Zeit des Schlachtens, was auch der Talmud hervorhebt.

b) Nicht notwendig eintretende unwillkürliche Veränderungen, die einen Vorteil bedeuten (Fruchtzuwachs).

Als Spezifikation werden auch solche Veränderungen aufgefaßt, welche, aus dem Gegenstand heraus entstehend, eine Wertvermehrung in sich schließen. Besonders fallen in diese Gruppe fruchttragende Dinge, von denen als Beispiele aller-

---

[55]) Sicher tannaïtisch. B. Q. 65b.

[56]) Ibid.

[57]) Siehe Zeitschrift XXII, S. 41, Anm. 24.

dings nur Tiere aufgeführt sind, da Bäume zu den Immobilien gerechnet werden.

Beispiele: 1. „Wenn einer[58]) eine trächtige Kuh raubt, und diese gebiert, ein vor der Schur stehendes Schaf, und er schert es, so bezahlt er den Wert, den das Tier kurz vor dem Gebären resp. der Schur hatte. — Raubt einer eine Kuh und sie wird bei ihm trächtig und gebiert, ein Schaf, dessen Wolle in seinem Besitze wächst, und er schert es ab, so bezahlt er den Wert, wie er zur Zeit des Raubens war. (Dies ist die Regel: Alle Räuber bezahlen wie zur Zeit des Raubens.)

2. Wenn einer[59]) ein Mutterschaf stiehlt und es schert; eine Kuh, die dann gebiert, bezahlt das Tier und die Schur resp. das Junge. So sagt Rabbi Jehûdâh[60]); Rabbi Meïr sagt:

---

[58]) Mischnâh, B. Q. 9, 2.

[59]) Baraita, B. Q. 95a.

[60]) Im Texte der Baraita sind die beiden Namen vertauscht, so daß hier Rabbi Meïr und nachher R. Jehûdâh steht, und ersterer damit als Gegner der Erwerbung durch Spezifikation in diesen Fällen geschildert wäre. Das widerspräche aber allen bisherigen Erfahrungen über das Verhältnis der beiden (siehe S. 242 u. 243). Der Widerspruch ist sowohl dem Talmud wie den Tosafisten aufgefallen, welche fragen, wie denn R. Meïr hier plötzlich ein Gegner der Erwerbung sein könne, während er sonst den Begriff der Veränderung sehr weit fasse. (So Talmud, B. Q. 95a, Tosafot ʿAbôdâh zârâh 7a; Stichwort: Rabbi Meïr.) Sie erklären den auffallenden Umstand dadurch, daß Meïr hier dem Räuber eine besondere Strafe zukommen lassen wolle (warum nicht auch sonst?) und ihn darum unbeschadet seiner sonstigen Anschauung über Spezifikation hier zum Ersatz der Früchte verurteile. Die dann sofort entstehende Frage, warum auch Rabbi Jehûdâh sich widerspreche und sich hier für eine so weite Fassung des Veränderungsbegriffs, sonst aber dagegen ausspreche, wird in der Weise beantwortet, daß an dieser Stelle ein Wille des Spezifikanten zum Erwerben anzunehmen sei, in den anderen Fällen, wo er sich anders ausspricht, dagegen nicht. Dieser „Wille zum Erwerben" spielt als formaler Hilfsbegriff später eine große Rolle (siehe S. 282). Natürlich sind diese Erklärungsversuche sehr gezwungen und unzureichend. Es liegt einfach eine Textverderbnis vor, indem die Namen vertauscht sind. Sie ist allerdings sehr alt, denn sie bestand schon zu talmudischer Zeit.

das Geraubte kehrt in seiner gegenwärtigen Gestalt zurück (allein, ohne Früchte!). Rabbi Simon sagt: man schätzt den Wert in Geld ab."

3. „Wenn einer[61]) eine Kuh raubt, und sie kalbt bei ihm viele (fünf) Male, ein Mutterschaf, und es wird bei ihm viele (bis fünf) Male geschoren, eine Ziege, die viele Male gemolken wird, so bezahlt er den Wert, den das Tier zur Zeit des Raubes hatte. Rabbi Simon sagt: man schätzt den Wert objektiv ab."

Auch diese Veränderung genügt also, um erwerben zu lassen. Nur Rabbi Jehûdâh[62]), dessen schärfere Begriffsfassung wir schon früher beobachtet haben[63]), ist dagegen. (Die Differenz zwischen Rabbi Meïr und Rabbi Simon ist schwierig, war aber schon den Talmudisten unklar, wie die auf obige Baraita folgende Diskussion deutlich erkennen läßt. Der dabei betonte Unterschied, ob die Kuh schon zur Zeit des Stehlens trächtig war oder es erst im Besitze des Räubers wurde, mag dem Streit wohl zu Grunde liegen. Für die Theorie der Spezifikation ist er gleichgültig.)

c) Nicht notwendig eintretende unwillkürliche Veränderungen, die einen Nachteil bedeuten.

Unter diese Rubrik fallen Veränderungen, die ebenfalls ohne Zutun von Menschenhand sich ergeben und die Wertverminderung der Sache deutlich äußerlich erkennen lassen.

Beispiele: 1. (Mischnâh) „Raubt einer[64]) eine Münze, und sie ‚wird beschnitten' (es ist aber die durch den Umlauf bedingte Abnutzung und Wertverminderung gemeint, die schließlich dazu führt, sie aus dem Verkehr zu ziehen); Früchte, und

---

[61]) Tosefta B. Q. 10, 1, S. 366, Zeile 22 ff.

[62]) So zu emendieren nach Anmerkung 60.

[63]) Siehe S. 242 f.

[64]) Mischnâh B. Q. 9, 2.

sie verfaulen, Wein, und er wird zu Essig, so bezahlt er den Wert, den die Sache zur Zeit des Raubes hatte."

2. (Tosefta) „Raubt[65]) einer Früchte, und sie verfaulen (ein Haus, und es wird schimmelig), . . . so gibt er die Sache in demselben Zustande zurück."

3. „Raubt[66]) einer Früchte, sie werden dann faul, und er verkauft sie (ein Haus, das schimmelig wird, und er reißt es ein), eine Münze, die im Verkehr abgerieben wird, und er vernichtet sie, so bezahlt er den Wert etc." (wie oben).

Daß diese Fälle tatsächlich als Spezifikation aufgefaßt worden sind, ergibt sich aus einer Vergleichung beider Standpunkte. Die Tosefta hält auch solche Veränderungen nicht für erwerbskräftig und kommt hier zu Folgerungen, die etwas befremden (und auch nicht Halâkâh geworden sind). Die Mischnâh dagegen nimmt hier erwerbende Spezifikation zu Gunsten des ursprünglichen Eigentümers an. Ist der Gegenstand nicht mehr vorhanden, so ist er auch nach der Tosefta von dem Räuber erworben worden, d. h. es muß nach der bekannten Regel Ersatz geleistet werden.

Die bisher benutzten Stellen ergaben noch den Stoff zu folgender Art der

d) unwillkürlich eingetretenen, nicht erkennbaren Veränderung.

Diese Veränderungen liegen nicht in den Dingen selber, sondern in ihrem Verhältnis zu anderen Dingen. Die Stoffe bleiben ihrer Form nach dieselben, nehmen aber einen anderen, meist minderwertigen wirtschaftlichen Charakter an. Die Beispiele[67]) sind die folgenden:

1. (Mischnâh) Raubt einer eine Münze, und sie wird außer Kurs gesetzt; Priesterhebe (Terumâh), und sie wird unrein

---

[65]) Tosefta B. Q. 10, 3, S. 366, 27.

[66]) Ibid. 10, 4.

[67]) Dieselben Stellen, wie in den Anmerkungen 64—66.

(und dadurch entweiht); Gesäuertes, und es bleibt über das Pesachfest liegen (wodurch es unbrauchbar und zu jeglichem Genusse verboten wird)[68]); Vieh, und es wird damit widernatürliche Unzucht verübt (muß getötet werden); oder es wird sonstwie durch einen (äußerlich nicht erkennbaren) Fehler unbrauchbar zum Opfer, oder es verfällt der Todesstrafe des Steinigens (wegen seiner die Menschen gefährdenden Stößigkeit), so gibt er die Sache in dem Zustand zurück, in dem sie sich befindet (d. h. er hat nicht erworben)!

2. (Tosefta) Raubt einer eine Münze, und sie wird außer Kurs gesetzt; Wein, und er bleibt offen stehen (wodurch er unbrauchbar wird) oder er wird einem Götzendienst geweiht; Priesterhebe und Gesäuertes etc. (wie oben); Vieh, und es geschieht damit Unzucht, so gibt er die Sache in ihrem gegenwärtigen Zustand zurück.

3. (Tosefta) Raubt einer Wein, der offen stehen bleibt, und er gießt ihn dann weg; Priesterhebe, die dann unrein wird, oder Gesäuertes, das über das Pesachfest (in seinem Eigentum) bleibt, und er verbrennt es; Vieh, mit dem dann Unzucht verübt wird, und es wird gesteinigt, so bezahlt er den Wert, den die Sache zur Zeit des Raubes hatte.

Obwohl die Mischnâh den Begriff der Veränderung erwerbender Art recht weit ausgedehnt hatte, hat sie hier, in Fällen, da die Sache zu ihrem Nachteil eine Umwandlung erfahren hat, doch entschieden, daß der Räuber n i c h t erworben hat. Die Entscheidung, daß der Eigentümer seinen entwerteten Gegenstand in natura zurück erhält, während vielleicht der Schaden durch Nachlässigkeit etc. des Räubers eingetreten ist, mag nicht recht einleuchtend sein; man erwartet für einen solchen Fall eine Modifikation der Bestimmungen über den Raub. Aber daß es nicht recht möglich ist, auch diese Veränderung noch in den Rahmen der Spezifikation zu bringen, ist ebenso klar. Es ist keine Umwandlung vorgegangen, die

---

[68]) Zeitschrift XXI, S. 207, Anm. 18.

den Charakter der Dinge, für sich betrachtet, verändert. Kämen sie durch einen Zufall in den Verkehr von Angehörigen anderer Völker, so würden sie den ursprünglichen Wert sofort wieder gewinnen. Im dritten Beispiel ist die Pflicht zu Schadenersatz durch die Vernichtung der Sache hinreichend motiviert.

Bedeutet dagegen eine solche nicht erkennbare Veränderung einen ideellen Vorteil für den Gegenstand, so hat die veränderte Bestimmung zuweilen die Kraft des Erwerbens. So heißt es in einer Baraita: „Das Geheiligte [69]), die Priesterhebe und das Zehnt eines Diebes, Räubers oder Erpressers ist heilig etc.", d. h. aus dem Umstande, daß der Raub vom Makel befreit wird, ist zu ersehen, daß der Wille des Diebes, der die Umwandlung bewirkt, auch erworben hat. Die talmudische Zeit führt diesen Erwerb zurück auf die Namensänderung, die die Bestimmung zu heiligen Zwecken nach sich zieht. Der formale Hilfsbegriff der Namensänderung spielt aber in tannaïtischer Zeit noch nicht eine solche Rolle [70]).

Zusammenfassend ist über das Recht der tannaïtischen Zeit zu bemerken:

I. In älterer Zeit stehen sich gegenüber:

a) Das Recht der Sache, wobei das Produkt der Verarbeitung beim Stoffeigentümer bleibt (die Schule Schammais), und

b) das Recht der Arbeit, wodurch der Spezifikant erwirbt (die Schule Hillels).

Das Recht der Arbeit dringt früh durch, und damit entsteht der Grundsatz: schinnui qônêh = „Veränderung erwirbt".

II. Guter Glaube des Spezifikanten ist nicht erforderlich.

III. Der Spezifikant muß suo nomine gehandelt haben. (Irrtum in der Ausführung eines Auftrages gilt nach einer Anschauung als erwerbende Spezifikation.)

---

[69]) B. Q. 114b.

[70]) Siehe S. 250 u. 252.

IV. Der Begriff der Veränderung umfaßt

a) Verarbeitung eines Stoffes zu einem Gegenstand mit neuem wirtschaftlichen Charakter;

b) Zusammensetzung von Stoffen oder Gegenständen zu einem Gegenstand mit neuem wirtschaftlichen Charakter;

c) das Einarbeiten einer Sache in fremde Stoffe (Adjunktion);

d) die Veränderungen, welche aus der Natur einer Sache entspringen, nämlich

α) unabwendbare, durch die Zeit bedingt,

β) durch Fruchtzuwachs,

γ) zufällige, meist den Wert vermindernd.

(α und γ von der Mischnâh als erwerbende Spezifikation anerkannt, von der Tosefta bestritten; β von der allgemeinen Anschauung anerkannt, von Rabbi Jehûdâh bestritten.)

V. Der Spezifikant ersetzt dem Eigentümer den Wert, den der Stoff zur Zeit des Besitzwechsels besaß.

II. Die talmudische Zeit.

Die Entwicklung bis zum Abschluß des babylonischen Talmuds, etwa 500 n. Chr. Geb.

Es liegt im Wesen der jüdischen Rechtsanschauungen begründet, wenn ein ungeheurer Teil der in den Gelehrten talmudischer Zeit unzweifelhaft vorhandenen juristischen Fähigkeit und Gestaltungskraft dadurch für eine gesunde Rechtsentwicklung verloren gegangen ist, daß sie zur Lösung rein formaler Schwierigkeiten aufgebraucht wurde. Der Ursprung dieses Formalismus ist in den dogmatischen Anschauungen zu suchen, die sich von den rein religiösen Dingen aus auf das eng mit ihnen in Verbindung stehende Gebiet der Rechtswissenschaft ausgedehnt haben; viele und weite Gebiete des Rechts sind integrierende Bestandteile der Theologie geworden, und anderseits üben sie ihren Einfluß dahin aus, daß rein Religiöses

häufig einer Behandlung nach juristischen Regeln unterzogen wird. Das charakteristische Merkmal einer solchen dogmatischen Jurisprudenz, wie die des Talmud, ist die Leugnung und versuchte Ausschaltung des Begriffs der Entwicklung. In der Voraussetzung, daß die biblischen Gesetzgebungen göttlicher Natur seien, liegt schon sowohl die Behauptung der Vollkommenheit dem inneren Werte, den Ideen nach, wie auch in der räumlichen Ausdehnung und in der Zeit. Das Leben spielt sich aber nicht in den Köpfen der Theologen und Rechtsgelehrten ab; den veränderten wirtschaftlichen und politischen Verhältnissen entsprechend entwickelte sich das Recht in sich selber fort, wurde von fremdem Rechte beeinflußt, so daß ein klaffender Spalt zwischen Lehre und Leben entstehen mußte. Es wird nun vermittelt, und ein großer Teil der Arbeitskraft talmudischer Gelehrter wird dazu verwendet, um nachzuweisen, daß alles bestehende Recht schon in der Bibel (Thora) enthalten sei. In einer Zeit, da das traditionelle Recht nicht aufgeschrieben war, sondern in mündlicher Ueberlieferung fortlebte, mag eine solche Anknüpfung einer Rechtssatzung an einen Bibelvers auch mnemotechnische Zwecke verfolgt haben [71]), aber sie allein waren es nicht. Der Tannaït und der Amoräer [72]) mußten nachweisen, daß jeder Rechtszuwachs schon in der Bibel enthalten war oder zum mindesten keinen Widerspruch mit ihr bedeutete.

Dazu kamen bei dem Mangel eines Instanzenwesens in der praktischen Rechtsprechung und einer anerkannten, maßgebenden Autorität für die legislative Festsetzung in der Theorie Differenzen zwischen den verschiedenen Lehrern, die sich auf die ihnen folgenden Schulen ausdehnten. Diese galt es nun

---

[71]) Man vergleiche dazu die sogenannten halachischen Midraschim, welche den gesetzlichen Stoff ihrer Zeit nicht nach Materien geordnet aufführen, sondern im engen Anschluß an die Bibelstellen in fortlaufender Reihenfolge.

[72]) Amoräer ist die Bezeichnung für einen Gelehrten der talmudischen Zeit.

auch auszugleichen. Wo es sich um verschiedene Entscheidungen infolge von verschiedenen Begleitumständen bei Fällen handelte, die auf derselben theoretischen Basis standen, war diese Lösung leicht. Schwieriger war es, wenn zwei abweichende Theorien den Abweichungen zu Grunde lagen. Die Hauptaufgabe der talmudischen Entwicklung ist es dann, nachzuweisen, daß nur eine Theorie existierte und entgegenstehende Entscheidungen auf irgend eine Weise mit der bevorzugten Grundlage in Einklang zu bringen[73].

Beide Tätigkeiten der Talmudisten lassen sich auch bei dem hier vorliegenden Gegenstande gut beobachten. Es wird nachgewiesen, daß auch die Thora von Spezifikation redet und sie erwerben läßt, die gegenteilige Anschauung sucht ebenfalls ihren Anhalt daselbst, und es findet sich der konsequent durchgeführte Versuch, allen Entscheidungen, die nicht auf dem Boden der Arbeitstheorie stehen, eine Deutung zu geben, die sie auch auf dieser theoretischen Grundlage erklärlich sein lassen.

Daß schon die Bibel die Erwerbskraft der Spezifikation anerkennt, wird folgendermaßen bewiesen: Es heißt (Leviticus 5, 23) in den Vorschriften über den Raub: „Er soll zurückgeben das Geraubte, welches er geraubt hat." Daraus wird argumentiert[74], daß die Worte „welches er geraubt hat" soviel bedeuten wie: „in der Gestalt, da er es geraubt hat", d. h. wenn es in seiner ursprünglichen Gestalt noch vorhanden ist, muß er es wiedergeben, wenn aber nicht, so bezahlt er den Wert; den veränderten Gegenstand aber hat er erworben.

Eine weit größere Arbeit war auf dem Gebiete des Ausgleichs zu leisten. Alle Fälle, in denen die Spezifikation als nicht erwerbend betrachtet wurde, mußten ausgeschaltet werden,

---

[73]) Vgl. Zeitschrift XXI, S. 203 ff., 216 ff.

[74]) Von Rab Chisda' (einem babylonischen Amoräer, um 300) im Namen des Rabbi Jônâtân (Tannaït, um 150) in der Diskussion B. Q. 67 a überliefert.

indem man für die Abweichung Gründe aus verschwiegenen, aber zu ergänzenden Nebenumständen ableitete. Dies Bestreben ging so weit, daß selbst die Gegnerschaft der Schule Schammais bestritten wurde.

Die Beispiele sind bereits oben[75]) angeführt:

1. Rabbi Simon ben Jehûdâh hatte angenommen, daß das Färben die Wolle nicht erwerbe. Der Talmud erklärt, daß er im allgemeinen Veränderung wohl erwerben lasse, nur handle es sich hier um einen Fall, da sich die Farbe wieder durch Seife entfernen lasse. (Eine Veränderung, die eine Rückführung in den ursprünglichen Zustand zuläßt, erwirbt nach talmudischem Rechte nicht, wie weiterhin eingehend aufgezeigt wird.)

2. Die Schule Schammais hatte bestimmt, daß aus Dirnenlohn stammender Weizen, auch wenn er zu Mehl verarbeitet war, dem Heiligtum nicht dargebracht werden durfte. Der Talmud erklärt, daß sie unbeschadet der sonstigen Anerkennung der Erwerbskraft hier eine Ausnahme macht, weil es schändlich sei, so etwas gerade dem Heiligtum zu geben.

3. Rabbi Eliʿezar ben Jakob hatte über das Abgesonderte von Teig aus geraubtem Getreide keinen Segen sprechen lassen, ließ den Makel also nicht durch Spezifikation gelöst sein. Er tut es nach dem Talmud, obwohl ein Anhänger der Arbeitstheorie, lediglich weil eine religiöse Pflicht, wie ein Segensspruch, nicht in einem Verbrechen ihren Urgrund haben darf.

4. Rabbi Ismael, der die Erfüllung der beim Getreide angängigen Peaʿpflicht selbst noch bei dem daraus hergestellten Teige verlangt, leugnet — nach dem Talmud — nur in diesem Falle die erwerbende Kraft, weil ein Bibelvers[76]) ausdrücklich das Uebriglassen der Ecke vorschreibt, und ein so nachdrücklich ausgesprochenes Gebot auf keinerlei Weise umgangen oder aufgehoben werden könne.

---

[75]) S. 239. Sie finden sich B. Q. 93b unten, 94a oben.

[76]) Exodus 19, 9, 10, 23, 22.

Daß diese Stellen in Wahrheit nicht so aufzufassen sind, sondern daß sie wirklich, wie schon im ersten Teile auseinandergesetzt wurde, das Recht des Stoffes vertreten, ergibt sich auch daraus, daß trotz der Vorherrschaft der entgegengesetzten Auffassung sich Spuren dieser Theorie bis in die talmudische Zeit hinein erhalten haben. Es findet sich sogar die Meinung, die oben[77]) erwähnten Lehrer Chisdâ' und Jônâtân hätten umgekehrt tradiert[78]): „Manche sagen, daß R. Chisdâ' im Namen von R. Jônâtân folgendermaßen überliefere: Woher wissen wir, daß Veränderung nicht erwirbt? Aus dem Verse „er soll zurückgeben das Geraubte", d. h. auf jeden Fall, ob verändert oder nicht. (Der Zusatz „welches er geraubt hat", wird natürlich bei dieser Auffassung anders ausgedeutet.)

Auch in den Fällen, da seitens der tannaïtischen Quellen die Wirkung einer eingetretenen Verarbeitung für die Entscheidung nicht berücksichtigt worden ist, hat der Talmud ausgeglichen. Der in folgendem Beispiel eingeschlagene Weg einer Textemendation ist hier der richtige[79]). Es hieß in einer Baraita: a) Stiehlt einer (ein Schaf oder ein Rind) und ein weiterer stiehlt es wieder von ihm, so bezahlt der erste das Doppelte (die gewöhnliche Diebstahlsstrafe) und der zweite den einfachen Wert (wie stets, wenn man vom Diebe stiehlt). b) Stiehlt einer und verkauft das Tier; sodann kommt ein anderer und stiehlt es vom Käufer, so bezahlt der erste Dieb das Vier- resp. Fünffache, der zweite das Doppelte. c) Stiehlt einer und schlachtet das Tier (so daß er durch die Spezifikation erworben hat), und es kommt ein anderer und stiehlt das Tier, so bezahlt der erste das Vier- resp. Fünffache, der zweite nur den einfachen Wert.

Der Talmud bringt die Frage der Dereliktion hinein und

---

[77]) Anmerkung 74.

[78]) B. Q. 67a.

[79]) B. Q. 68a. Vgl. S. 248.

ficht damit b) an. Wenn das Tier vor dem Verzicht des rechtmäßigen Eigentümers verkauft wird, warum soll der zweite Dieb das Doppelte bezahlen? Er stiehlt doch gewissermaßen noch vom Diebe! Wenn es aber nach dem Verzicht des Eigentümers verkauft ist, braucht doch der erste Dieb nicht das Vier- und Fünffache zu zahlen[80]), sondern nur das Doppelte! Er verkauft ja sein Eigentum! c) wird angefochten, weil doch der erste Dieb durch Spezifikation erworben hat und der zweite demgemäß das Doppelte zahlen müßte!

Ausgeglichen wird einfach dadurch, daß der Text in b) und c) nur umgedreht wird, so daß nunmehr in b) der zweite Dieb nur das einfache Kapital bezahlt, weil der vom ersten Dieb vorgenommene Verkauf ungültig ist, während der zweite Dieb in c) das Doppelte bezahlt. Daß dieser Ausgleich noch angefochten wird, ist begreiflich, wenn man sieht, wie schon hier der später eine große Rolle spielende Hilfsbegriff der Dereliktion hereingezerrt wird! Interessant ist nun, daß ein Amoräer, Rab Pâpâ', sich dagegen ausspricht und den letzten Satz nicht umdreht, weil er ihn einfach auf Schammai und die Stofftheorie zurückführt! Hier ist also noch eine deutliche Spur davon, wie lange sich diese Anschauung vereinzelt erhalten hat[81]).

Ein Ausgleich in einem anderen Falle ist bereits im ersten Teile erwähnt[82]).

---

[80]) Zeitschrift XXII, S. 41, Anm. 24.

[81]) Die schließlich anerkannte halachische Lösung, daß im Fall b bei einem Verkauf der Eigentümer verzichtet hat, beim Fall c, dem Diebstahl, aber nicht, ist schwach und gezwungen.

[82]) S. 254 Anm. — Hierher gehört auch folgender Ausgleich. Der Ansicht der Mischnâh, daß das Verfaulen von Früchten erwerbende Veränderung sei, stand die Tosefta entgegen, die so weit nicht ging (S. 255). Rab Pâpâ' gleicht aus, indem er annimmt, die eine Ansicht beziehe sich darauf, daß alle Früchte verdorben seien, die andere, wenn es nur bei einem Teile der Fall sei. (B. Q. 98 b.)

Die Fortentwicklung des Begriffs.

Was die Frage nach dem Wesen der Veränderung erwerbender Natur betrifft, ist der Fortschritt des Talmuds ein besonders großer. Von geringerer Bedeutung sind zunächst die Einschränkungen, welche gemacht werden, weil dem durch das Verändern geschaffenen Dinge der Charakter eines neuen wirtschaftlichen Dinges abgesprochen wird. So finden sich Diskussionen darüber, ob denn die Farbe eine Sache sei, d. h. man wollte im Färben eine unwesentliche Qualitätsänderung erblicken, eine Ansicht, die allerdings nicht durchdringt[83]). Dazu tritt die Frage, als was das Bleichen aufzufassen sei[84]). Im allgemeinen ist die schärfere Fassung nicht zu verkennen. So sagt Rab Pâpâ'[85]): „Wer eine Palme seines Nächsten raubt und sie umhaut, hat sie, obwohl er sie von jenes Land auf sein eigenes wirft, nicht erworben." Der neue wirtschaftliche Charakter wird eben vermißt. Aus demselben Grunde heißt es weiter: „Wer eine Palme raubt und daraus Holzstücke macht, hat sie nicht erworben. Raubt er dagegen solche (unbehauene) Stücke und macht sie zu Balken, so hat er erworben. Nimmt er große Balken und macht sie zu kleinen, so hat er nicht erworben: arbeitet er sie dagegen zu Brettern um (durch Zerschneiden und Abhobeln), so hat er erworben." Als Grund wird stets die Namensänderung angegeben, natürlich ist das nicht die wahre Ursache, aber da einem Gegenstand meist mit dem veränderten wirtschaftlichen Charakter auch ein neuer Name zukommt, schimmert durch diese formale Erklärungsweise die zutreffende Ursache durch.

Wichtiger ist es schon, wenn eine Richtung aus religiösen Bedenken die Erwerbskraft der Veränderung ausgeschaltet wissen will, sobald der Spezifikant auf unredliche Weise in den Besitz der Sache gekommen ist. Es findet sich eine längere

---

[83]) B. Q. 101 a.

[84]) B. Q. 93 b.

[85]) B. Q. 96 a u. b (babylonischer Amoräer, starb 375).

Diskussion zwischen 'Abaje und Râbâ'[86]) über die prinzipielle Frage, ob das Begehen einer von der Thora verbotenen Handlung rechtlich gültige Folgen nach sich ziehen könne. Ersterer bejaht sie, während Râbâ' sie verneint. Nun wird der Fall der Spezifikation eingeworfen: „Es heißt in der Thora: ‚du sollst nicht rauben', und anderseits steht im Gesetz: Wer Holz raubt, und Geräte macht etc., bezahlt, d. h. er hat den Gegenstand erworben." Die Diskussion, die in ihren Einzelheiten hier wegbleiben kann, sucht die Sache so zu deuten, daß sie überhaupt über die Erwerbskraft der Spezifikation streiten. Dazu liegt aber keine Veranlassung vor; die wahre Differenz besteht darin, daß von Râbâ' zum Erwerbe bona fides verlangt wird; er ist aber mit seiner Forderung allein geblieben und nicht durchgedrungen.

Das wichtigste Ergebnis, das die Weiterentwicklung des Begriffs in talmudischer Zeit gehabt hat, ist eine Beschränkung der erwerbenden Kraft durch eine Scheidung zwischen zwei verschiedenen Arten der Veränderung. Während die tannaïtische Lehre ohne Unterschied jeder Veränderung diese Fähigkeit zugesprochen hatte, hebt die talmudische den Fall heraus, daß eine Rückführbarkeit des Produktes in den früheren Zustand möglich ist, um hier die Entscheidungen anders zu treffen.

Die Einführung dieses Begriffes, der ein ganz neuer ist und für den sich ein tatsächlicher Nachweis oder auch nur Anknüpfung in der ganzen tannaïtischen Literatur nicht findet, wird angeschlossen an den bereits erwähnten Widerspruch, der dadurch entstehen mußte, daß Entscheidungen aus früherer Zeit verschieden ausfielen, je nachdem man in einem Stadium der Verarbeitung das Vorhandensein des neuen wirtschaftlichen Charakters annahm oder nicht. Eine darauf zurückzuführende Differenz zweier Stellen war die folgende[87]): Es hieß: „Wer

[86]) Temûrâh 6a. — Babylonische Amoräer, die häufig als Gegner in Diskussionen auftreten. Erste Hälfte des vierten Jahrhunderts.

[87]) B. Q. 93a.

Holz raubt und daraus Geräte macht, hat erworben, wer es abhobelt, nicht." Anderseits wird der Satz eingeworfen: „Wer Holz raubt und es abhobelt etc., bezahlt, d. h. hat erworben." 'Abaje erklärt nun so, daß er den Tradenten der einen Ansicht auf der Grundlage entscheiden läßt, jede Veränderung erwerbe; den der anderen, daß man unterscheiden müsse zwischen der Veränderung, die da bleibt, und der, die eine Wiederherstellung des früheren Zustandes zuläßt. Ob die letztere ebenfalls erwerbe, ist vorläufig noch strittig; daß aber ihr Begriff noch nicht lange dem jüdischen Rechte angehört, schimmert noch deutlich in ihrer Bezeichnung durch, da sie „Veränderung der Rabbinen" (im Gegensatz zu der „Veränderung von der Tora aus") genannt wird. Natürlich muß dazu etwas in die Sätze hineingelesen werden, was nicht in ihnen steht. Das Verarbeiten von „Holz" zu Geräten bezieht sich nach diesen Erklärungen auf bereits gehobeltes Holz, auf Bretter, die leicht wieder auseinander zu nehmen sind; die Kleider sind aus bereits gefärbter Wolle gefertigt, die angeblich ein Wiederherstellen des Urzustandes zuläßt(?).

Wenn auch die Ausführung dieser Stelle noch keine Klarheit in die Entscheidungen gebracht hat, so bleibt es ihr Verdienst, die Frage überhaupt angeschnitten zu haben. Spätere Ausführungen haben bereits einen festen Standpunkt eingenommen. So sagt schon Râbâ', der Zeitgenosse und Gegner des Abaje[88]): „Wer einen Palmzweig raubt und daraus einzelne Blätter macht, hat ihn erworben, denn ursprünglich war sein Name ‚Palmzweig' und jetzt ‚Blätter' (formale Erklärung!); raubt er Blätter und macht daraus einen Besen, so hat er aus demselben Grunde erworben (man muß, in Hinsicht auf das folgende, annehmen, daß eine Verarbeitung der Blätter stattgefunden hat, die eine Wiederherstellung des früheren Zustandes ausschließt); wer einen Besen raubt und daraus einen Strick macht (durch Ineinanderflechten der Zweige), hat

88) B. Q. 96a.

nicht erworben. Was ist der Grund? Er kann ihn wieder auseinanderreißen und zu einem Besen machen." Die Anschauung ist also durchgedrungen, daß eine Veränderung, die eine Wiederherstellung des früheren Zustandes zuläßt, nicht erwirbt.

Da das Kriterium der Rückführbarkeit weder im Wesen der Sache begründet ist, noch auch irgend einen Anhaltspunkt im früheren Rechte hat, wird man es als von außen her eingedrungen zu betrachten haben, und der Schluß, daß wir es hier mit dem Einfluß des römischen Rechts und der sententia media Justinians zu tun haben, liegt umso näher, weil auch sonst der gleiche Entwicklungsgang zu beobachten war und die Anschauungen der Schulen Hillels und Schammais durchaus denen der Prokulianer und Sabinianer entsprechen. Es wird nun selten möglich sein, den Einfluß des römischen Rechts auf das jüdische so unzweifelhaft nachzuweisen, wie es mit einzelnen pfandrechtlichen Begriffen der Fall ist[89]), d. h. die Zusammengehörigkeit auch literarisch festzustellen. In den weitaus meisten Fällen ist eine Abhängigkeit zu vermuten, die auf dem Wege des mündlichen Verkehrs in Städten mit gemischter Bevölkerung allmählich eindrang, ohne daß ihr Weg in der Rechtsliteratur verzeichnet wäre. Das Nebeneinander der Prinzipe des Stoffes und der Arbeit ist im römischen wie im jüdischen Recht ursprünglich vorhanden und logisch leicht zu erklären, so daß man eine Beeinflussung des letzteren durchaus nicht anzunehmen braucht. Die sententia media, die mit Recht von Brinz[90]) „ein Mittelweg, aber kein goldener" genannt wird, ist zu unnatürlich und unlogisch, als daß sie an zwei Punkten unabhängig zugleich entstanden sein könnte, sie muß notwendigerweise auf den Einfluß des römischen Rechts zurückgehen.

Man muß anerkennen, daß im jüdischen Recht diese Lehre

---

[89]) Zeitschrift XXI, S. 240, Anm. 40.

[90]) Lehrbuch der Pandekten, z. St.

von der Rückführbarkeit immer noch entschuldbar oder wenigstens erklärlich ist. Wird doch als Beispiel ein solches angeführt, dem man — noch dazu unter Berücksichtigung des bösen Willens — allenfalls wird zustimmen können: die Zusammensetzung eines Kastens aus bereits gehobelten Brettern! Das jüdische Recht hat weniger Anlaß, an diesem geringen Schutz des Spezifikanten, den die Lehre von der Rückführbarkeit bedingt, irgend welchen Anstoß zu nehmen, denn alle Fälle betreffen Bearbeiter, die böswillig handeln. Außerdem spielt der Fall des Kunstwerkes, d. h. des großen Wertunterschiedes zwischen dem Stoff und der neuen Spezies schon darum keine Rolle, weil die jüdische Religion das Hauptgebiet der Kunst, das Gießen und Meißeln von Statuen, von vornherein ausschloß. Die Tatsache der Aufnahme der sententia media ist nichts wie eine Reaktion, die der vordringenden Arbeitstheorie noch eine Position abgewinnen wollte, und wenn wir sehen, wie im Gegensatz zu den Römern die Juden auch den böswilligen Bearbeiter schützen, so erscheint dieses Zurückdämmen als der Ausfluß eines gewiß begreiflichen Rechtsgefühls einigermaßen gerechtfertigt. Es kommt noch hinzu, daß die Sache ein anderes Aussehen dadurch gewinnt, weil nach jüdischer Anschauung auch durch wertvermindernde Spezifikation erworben wird.

Der Schutz des Stoffeigentümers liegt, wie nach den bisherigen Ausführungen begreiflich ist, dem jüdischen Rechte besonders am Herzen, und auf diesem Wege ist es dazu gekommen, auch den Begriff des Kunstwerkes einzuführen, deshalb also nicht, wie bei anderen Völkern, im Interesse des Spezifikanten. Das zeigt sich deutlich in den folgenden Entscheidungen: Rab Pâpâ' sagt[91]): a) Wer Erde von seinem Nächsten raubt und sie zu Ziegelsteinen macht, hat diese nicht erworben, denn man kann daraus wieder Erde machen. Hat er Ziegelsteine geraubt und daraus Erde hergestellt, so hat er

[91]) B. Q. 96 b oben.

erworben (d. h. er muß den Wert der Ziegelsteine bezahlen). Was ist der Grund? Es könnten doch aus der Erde wieder Ziegel gemacht werden (so daß eine rückführbare, nicht erwerbende Spezifikation vorläge)? Antwort: Nein, es würden ganz andere Ziegelsteine werden! b) Wer ein Silberstück raubt und Münzen macht, hat nicht erworben etc., wer Münzen raubt und daraus ein Silberstück gießt, hat erworben etc. (wie oben). c) (sei wegen seiner interessanten Spitzfindigkeit angefügt) Wer schwarze (im Verkehr schwarz gewordene) Münzen raubt und sie weiß macht, hat sie nicht erworben, denn die Veränderung bleibt nicht, und sie werden von selber wieder schwarz! Raubt er weiße und macht sie künstlich schwarz, so hat er erworben. Dagegen wird eingewendet, sie könnten ja wieder weiß gemacht werden; aber dieser Einwand wird damit abgelehnt, daß die Münzen doch immer wieder die schwarze Farbe annehmen würden und damit die Veränderung eine bleibende sei!

Der Begriff eines Kunstwertes ist demnach den talmudischen Rechtsgelehrten in gewisser Weise aufgegangen. Daß ein erhöhter Rechtsschutz des Eigentümers notwendig werden mußte, war durch die eigenartige Strafe des Räubers bestimmt, der ja in der Hauptsache nur den geraubten Gegenstand zurückgab. Raubte also einer ein kostbares Gemälde, kratzte die Farben ab und bewahrte alle Teilchen sorgsam auf, so hätte er — ohne die obige Einschränkung — sie dem Eigentümer ohne eine Schadensersatzpflicht wiedergeben können, da ja eine Wiederherstellung des ursprünglichen Gemäldes theoretisch möglich ist. Dem wird durch diese Entscheidung vorgebeugt. Die Interessen des Spezifikanten sind freilich noch immer schlecht geschützt. Das Bild, das er auf fremde Leinwand malt, gehört ihm nicht, er darf sich nur die Farben wieder abkratzen. Der Grund ist, wie schon erörtert, darin zu suchen, daß alle Beispiele von böswilligen Spezifikanten handeln, die besonders zu schützen das Recht wenig Veranlassung hat.

Der Begriff der Veränderung, die eine Wiederherstellung des früheren Zustandes zuläßt, ist auch auf die anderen Gebiete übertragen worden, die das jüdische Recht den Regeln der Spezifikation unterwirft, so auch auf die Veränderungen, die eine Sache aus sich selber heraus erfährt. Bei einem Tiere wird demgemäß eine Abmagerung, die wieder vergeht, als nicht zu den Veränderungen im Sinne des Gesetzes gehörig ausdrücklich hervorgehoben und ihr damit die Erwerbskraft abgesprochen [92]).

In den Gesichtskreis der talmudischen Zeit sind auch ganz neue Fragen gekommen. So beschäftigt sie das Problem, in welchen Fällen die bloße Namensänderung einer Sache die rechtlichen Folgen des Spezifizierens nach sich ziehe und welche Nebenumstände beim Hinzutreten einen Einfluß ausüben.

Natürlich muß diese Namensänderung in Verbindung mit irgend einer anderen Umwandlung der Sache stehen, denn es ist von einer begründeten und nicht von einer willkürlichen die Rede. Sie ist in Fällen vollgültiger Verarbeitung meist selbstverständlich und rechtlich völlig unerheblich. Eine Bedeutung gewinnt sie nur da, wo sie zu Aenderungen hinzutritt, bei denen man zweifelhaft sein kann, ob sie erwerbender Natur sind oder nicht.

Veränderungen, die eine Rückführbarkeit zulassen, erwerben ja nach talmudischer Auffassung nicht. Darum wird die Anschauung zurückgewiesen, als könnte man am Laubhüttenfeste einen Feststrauß benutzen, der zwar nicht in seiner Gesamtheit, aber dessen einzelne Teile auf unrechtmäßige Weise erworben sind [93]). Auf den Einwand der Diskussion, daß schon durch die Aenderung des Namens erworben und

---

[92]) B. Q. 94a unten.

[93]) Succa 30b. — Der Feststrauß, der aus Palmzweig, Myrte und Bachweide besteht, muß rechtmäßig erworbenes Eigentum dessen sein, der seiner religiösen Pflicht damit Genüge leistet.

damit der Makel gelöst sein solle, wird erwidert, daß eine solche Namensänderung hier nur scheinbar vorliege, indem die einzelnen Bestandteile schon früher eben wegen ihrer Bestimmung neben ihrer eigentlichen Bezeichnung den Namen tragen, den sie dereinst als Teile des Feststraußes bekommen.

Der Talmud hat hier rein formal entschieden. Er ist um die Frage herumgegangen und hat die Namensveränderung ausgeschaltet, ohne zu ihrer Erwerbskraft Stellung zu nehmen. Auch sonst schaltet er die Schwierigkeit auf dieselbe Art aus, indem er z. B. nachweist, daß Tiere ihren späteren Namen schon von klein auf tragen. Rab Zêrâ'[94]) wirft bezüglich des altgewordenen Tieres die Frage auf, ob hierbei die damit eintretende Namensänderung das erwerbende Moment sei. Râbâ' weist das zurück, indem er (durch Bibelstellen) nachweist, wie ein männliches Rind vom Alter eines Tages Ochs, und ein eintägiges Lamm Widder genannt werde, eine Ansicht, in der zum mindesten ein richtiger Kern steckt.

Die Beibehaltung des alten Namens wird allerdings auch als Begründung dafür angegeben, daß trotz anderer Veränderungen nicht erworben ist. So in dem Falle[95]), wenn einer eine Palme umhaut und sie auf sein Land wirft. Daß nicht Eigentumsübergang eingetreten ist, begründet der Talmud damit, daß sie früher ebenso wie jetzt den Namen „Palme" trug. Natürlich ist auf diese rein formale Erklärung nichts zu geben; der wahre Grund liegt darin, daß ein neuer wirtschaftlicher Charakter durch das Fällen des Baumes allein noch nicht geschaffen ist.

Die oben geschilderte Art, die Bedeutung der Namensänderung auszuschalten, geht in all den Fällen nicht an, wo der neue Name sich aus einer rein zufälligen, vorher nicht zu ersehenden und zu erwartenden Verwendung einer Sache ergibt. Wer z. B. einen schon abgehobelten Baumstamm aufrichtet,

---

[94]) B. Q. 65 b.

[95]) B. Q. 96 a.

hat ohne sonstige erwerbende Veränderung daraus eine Fahnenstange gemacht, ohne daß man sagen kann, der Baum habe vorher schon diese Bezeichnung getragen; denn die Verwendungsart ist eine ganz zufällige.

Für solche Fälle will die eine Ansicht nun annehmen, daß die Veränderung des Namens erwerbende Kraft habe. So sagt Rab Josef: „Aenderung[96]) des Namens (schinnui haschem) ist wie Aenderung der Sache“ (schinnui hama ʿaseh). Ebenso wie aus dem Holz (durch Verarbeitung) ein Gerät wird, wird aus dem Fell (durch die bloße Verwendung) eine Decke.“ Das Fell ist in diesem Beispiel allerdings zu einem Gegenstand mit neuem wirtschaftlichen Charakter geworden, obwohl damit keine sichtliche Veränderung vorgenommen worden ist.

Um diese Ansicht des Rab Josef zu widerlegen, wird der Fall der Adjunktion eingeworfen, der da gezeigt hat, daß der eingebaute Balken zwar einen anderen Namen annimmt, aber nicht etwa aus diesem Grunde vom Hauserbauer erworben ist, sondern nur, um Schikane zu vermeiden. Daraus gehe also hervor, daß die Namensänderung auch bei dem Uebergang zu einem anderen wirtschaftlichen Charakter n i c h t erwerbe.

Wenn nun Rab Josef auch formell diesen Einwand widerlegt, ist der Zwiespalt geblieben und Rab Zêrâʾ hat ihn zu lösen versucht, indem er auch hier die Frage der Rückführbarkeit in den früheren Zustand aufwirft und sagt: „Eine Veränderung des Namens, die zurückgeht, ist keine Veränderung (und erwirbt nicht)“, d. h. der eingebaute Balken nimmt zwar den Namen „Dachsparren“ an, wenn aber das Haus eingerissen wird, heißt er wieder Balken. Wenn er trotzdem durch den Einbau erworben wird, geht das also nicht auf die Namensänderung, sondern auf andere Dinge (nämlich den Ausschluß der Möglichkeit zur Schikane) zurück. Das Fell dagegen, das einmal als Decke gebraucht wird, behält diesen Namen auf ewig. Dabei bleibt die Entscheidung, zumal da sie ja eine

---

[96]) B. Q. 66b.

Stütze in einer Baraita zu finden glaubt[97]). Es ist aber wohl zu beachten, daß auch sie immerhin formaler Natur ist, und daß die Namensänderung den Charakter des Hilfsbegriffs nicht verliert. Denn in Wahrheit verändert ja das Fellstück schon durch die Abnutzung allmählich seine Beschaffenheit, so daß es sich im Grunde um eine im Wesen der Sache liegende tatsächliche Aenderung handelt.

Noch eine andere Art der Veränderung wird erwähnt, nämlich die des Besitzes[98]) „schinnui reschût". Diese Frage ist aber erst dann von Bedeutung für die Eigentumsverhältnisse, wenn sie von einem Verzicht des ersten Eigentümers auf die Sache begleitet ist. Sie ist also bei der Dereliktion zu behandeln, da sie mit der Spezifikation nur zufällig den Namen gemeinsam hat.

Zusammenfassend ist über den Fortschritt in talmudischer Zeit zu bemerken:

1. Alle noch vorhandenen Entscheidungen, die in der Lehre vom Rechte des Stoffes wurzeln, werden auf die Basis des Rechtes der Arbeit gebracht.

2. Der Begriff der Veränderung wird gegen die tannaïtische Zeit enger gefaßt und eingeschränkt.

3. Eine Veränderung, die eine Wiederherstellung des früheren Zustandes zuläßt, erwirbt nicht.

4. Man unterscheidet den Kunstwert, d. h. den erheblichen durch die Arbeit verursachten Mehrwert einer verarbeiteten Sache, um den Stoffeigentümer bei wertvermindernder Spezifikation von den durch den vorigen Satz herbeigeführten Rechtsnachteilen zu schützen.

5. Die Veränderung des Namens wird als Hilfsbegriff eingeführt.

---

[97]) Vgl. S. 250.

[98]) z. B. B. Q. 68 a.

Sie wirkt wie die tatsächliche Veränderung, wobei die Wiederannahme des alten Namens der Rückführung in den früheren Zustand gleichgesetzt wird.

III. Die nachtalmudische Zeit.

(Die Entwicklung bis zum heute geltenden Recht.)

Es liegt im Wesen des hier behandelten Gegenstands begründet, wenn der Fortschritt in der nachtalmudischen Zeit kein allzugroßer ist. Zunächst rührt das von dem Anwendungsgebiet der Regel über die Spezifikation her. Obwohl sie ins Zivilrecht gehört, kann man beobachten, daß fast alle in Frage kommenden Beispiele — von den wenigen Ausnahmen des Tempelrechts abgesehen — sich auf strafrechtliche Materien beziehen, indem sie auf zivilrechtliche Folgen eines Raubes resp. einer Unterschlagung eingehen. Zwar kann man im jüdischen Recht Diebstahl, Raub etc. entschieden als Grenzgebiete bezeichnen, die bis auf den heutigen Tag sich eine feste Stellung im öffentlichen Rechte noch nicht erobert haben, aber doch gilt von ihnen, was auch von anderen strafrechtlichen Materien für die nachtalmudische Zeit zu sagen ist, nämlich, daß sie entweder, weil außer Kraft gesetzt, überhaupt nicht mehr behandelt werden oder bestenfalls zu oft weltfremden und nutzlosen theoretischen Diskussionen Anlaß gegeben haben [99]).

Ein weiter die Entwicklung einschränkendes Moment liegt darin, daß nach Abschluß des Talmuds nur recht wenige Punkte vorhanden waren, bei denen die Praxis eine Fortentwicklung begünstigen konnte. Die Theorie stand nun einmal schon zu talmudischer Zeit fest, und wie ihre Entwicklung sich darauf beschränkte, das Anwendungsgebiet schärfer zu prüfen und enger zu fassen, so geht es auch in der nachtalmudischen Periode, die sich zumal an die Prüfung derjenigen Veränderungen macht, die eine Sache aus sich selber heraus

[99]) Vgl. Zeitschrift, XXII, S. 32 f.

erfährt, um — soweit der Formalismus und die Rücksicht auf das geschriebene Gesetz es zuließ — den Ausgleich zwischen den Anschauungen der Vergangenheit und dem fortgeschrittenen Rechtsbewußtsein der Gegenwart herzustellen[100]).

Um mit dem Talmudkompendium des Isaak ben Jakob (Alfasi) zu beginnen, liegt es im Wesen dieses Werkes, daß die Ausbeute nicht sonderlich groß ist. Bezweckte es doch nichts anderes, als zu einer Zeit, da ein vollständiges Talmudexemplar eine Seltenheit war, einen kurzgefaßten Auszug aus dem ungeheuren Material zu geben, der weniger gelehrten als praktischen Zwecken dienen wollte. Er gibt aus letzterem Grunde häufig an, wie die Entscheidung zu fällen sei, und darin liegt sein Wert, indem diese Angabe der rechtsgültigen Halâkâh den Standpunkt seiner Zeit getreulich widerspiegelt.

Seine Entscheidungen bieten nun nichts Neues, zeigen aber wenigstens eine ganz feste Gestalt. Ohne Widerspruch stehen endgültig die folgenden Grundsätze über unseren Gegenstand fest: 1. Eine Veränderung, die eine Wiederherstellung des früheren Zustandes zuläßt, erwirbt nicht. (Unter Wiederherstellung ist die Rückführung einer Sache in ihr Rohmaterial, nicht aber der umgekehrte Vorgang zu verstehen.) Der Satz gilt auch für Veränderungen, die sich aus dem Wesen der Sache von selbst ergeben. Sklaven gelten nicht als spezifizierbare Sachen im Sinne des Gesetzes. 2. Erwerbende Spezifikation seitens eines mit einer Arbeit Betrauten liegt an der Sache nur dann vor, wenn er den Auftrag nicht (d. h. anders) ausgeführt hat.

---

[100]) Ueber die folgenden Gelehrten und Rechtssammlungen ist abgehandelt Zeitschrift XXI, so daß im folgenden nicht mehr darauf verwiesen wird. Es finden sich daselbst die Angaben über Isaak ben Jakob (Alfasi) S. 230, Anm. 62, über Moses Maimonides S. 232, Anm. 66, über die Tosafisten S. 233, über Ascher ben Jechiel (Rosch) S. 234, Anm. 73, über Jakob ben Ascher und Josef Karo (Tur und Schulchan aruch) S. 239, Anm. 86 und S. 240, Anm. 90.

[101]) Die Entscheidungen sind, da der Alfasi fortlaufend den Talmudtext begleitet, an den oben angeführten Stellen zu finden.

Weit wichtiger ist die Fortentwicklung der Kodifikation des Maimonides, des Mischnêh Tôrâh. Der Umstand, daß er — wenn auch nicht als erster — die Materien nach ihrer inneren Zusammengehörigkeit aneinander reihte, brachte es schon mit sich, daß er von allgemeinen Gesichtspunkten ausging, denen entgegenstehende Meinungen sich unterordnen mußten. Aufgabe dieser Abhandlung kann es nicht sein, jede einzelne Entscheidung des Maimonides anzuführen, sondern nur die neuen Anschauungen herauszuschälen, die bei ihm nachweisbar sind.

Es war klar, daß sich die weite Auslegung, die die Mischnâh dem Begriff der Veränderung gegeben hatte, nicht halten würde und daß nicht mehr alles, von der Verarbeitung eines Rohstoffs durch Menschenhand bis zum Aelterwerden eines Tieres, als erwerbende Veränderung aufgefaßt werden konnte. Die talmudische Zeit hatte schon versucht einzuschränken, und Maimonides geht noch weiter, indem er das große Gebiet der unwillkürlichen Veränderungen aus dem Begriffe bannen möchte. Wenn ihm dies nicht ganz gelungen ist, so liegt das daran, daß seine formale Methode ihm nicht die genügende Handhabe bot. An seinem Willen ist sicherlich nicht zu zweifeln.

Das formale Mittel, dessen sich Maimonides bedient, ist die Einführung des schon erwähnten Begriffs des „Verzichts" (jî'ûsch), der im jüdischen Recht in dieser Eigenschaft sehr häufig auftritt. „Jî'ûsch" ist nicht identisch mit der Dereliktion, denn es bedeutet nicht die Aufgabe des Besitzes seitens des Eigentümers in der Absicht, sich des Eigentumsanspruchs zu entledigen, sondern den Verzicht auf das Recht an einer Sache, die sich nicht mehr im Besitze des Eigentümers befindet.

So entscheidet denn Maimonides: a) „War[102]) der gestohlene Gegenstand beim Diebe, und er erfuhr aus sich heraus eine Verbesserung, so, wenn das Tier gebar oder ge-

[102]) Mischnêh tôrâh, Genêbâh, Abschn. 1, § 11.

schoren wurde, so bezahlt der Dieb den Wert des Tieres und der Jungen resp. der Schur. Wenn aber das Tier nach dem Verzicht des Eigentümers gebar etc., so bezahlt der Dieb den Wert, der zur Zeit des Stehlens bestand.“ (Nicht in diese Kategorie sind Verbesserungen zu rechnen, die auf Kosten des Diebes vor sich gehen, wie z. B. Mästen, hier nimmt auch Maimonides Spezifikation an.) b) „Raubt[103]) einer eine trächtige Kuh und die Eigentümer verzichten, worauf sie dann gebiert, so bezahlt er den Wert, den die Kuh vor dem Gebären hat. Wenn aber das Tier vor dem Verzicht (oder bevor es durch Menschenhand verändert wurde) gebiert, so gehört das Junge dem ursprünglichen Eigentümer. (Dasselbe natürlich für das zu scherende Schaf.) Obgleich das Tier im Besitz des Diebes trächtig geworden ist etc., ist es als dem ursprünglichen Eigentümer gehörig zu betrachten, da weder er verzichtet hat noch der Raub sonstwie eine wirklich erwerbende Veränderung erfahren hat[104]).

Klar und deutlich erklärt also Maimonides, daß er derartigen Veränderungen die erwerbende Kraft nicht zusprechen könne. Die noch immer bleibende Einschränkung, daß nach dem Verzicht immerhin noch Erwerb eintritt, ist nicht etwa logische Entwicklung, sondern die Folge seines Ausgleichsmittels, das ihn wohl zu einer Milderung, nicht aber zu einer durchgreifenden Aenderung kommen ließ. Praktisch ist die Lösung allerdings von geringem Werte, denn auf geraubte Sachen pflegt man in den seltensten Fällen endgültig zu verzichten.

Daß aber Maimonides nicht nur die vorliegenden Fälle eingeschränkt hat, sondern daß seiner Anschauung ein Prinzip zu Grunde liegt, zeigt folgende grundsätzliche Stelle[105]): „Dies

---

[103]) Gezêlâh wa'abêdâh, Abs. 2, § 7.

[104]) Und dabei bleibt es, wenn auch der scharfsinnige Gegner des Maim. R. Abraham ben David erklärt, diese Ansicht sei unsinnig, weil es keine größere Veränderung geben könne als das Gebären und Scheren.

[105]) Ibid. § 9.

gilt nur von einer Verbesserung, die von selber kommt, wie z. B. Wolle und junge Tiere (wenn aber das Tier mager war und der Räuber mästet es, so erhält er selbst vor dem Verzicht von dem Beraubten den Wert der Verbesserung)[106].

Dieser letzte Satz sowie eine andere Stelle[107]) geben von einem anderen wichtigen Fortschritt kund, der sich anbahnt. Das Streben des Gesetzes muß ja immer mehr dahin gehen, die Rechte des rechtmäßigen Eigentümers zu schützen, was aber durchaus nicht der Fall ist, wenn auch der böswillige Spezifikant in das Eigentum eintritt und nur der Stoffwert zu ersetzen ist. Dem Rechtsempfinden entspricht es gewiß, wenn — sobald die Spezifikation eine Verschlechterung bedeutet — der böswillige Verarbeiter erwirbt und den Stoffwert bezahlt. Hat seine Mühe den Gegenstand verbessert, so wirkt die erwerbende Kraft des Veränderns zwar so weit, daß diese Verbesserung sein Eigentum ist, es mehrt sich aber die Anzahl von Fällen mit der Anschauung, daß nicht der böswillige Spezifikant die verbesserte Sache behält und den Stoffwert bezahlt, sondern daß sie an den ursprünglichen Eigentümer zurückfällt, der dem Verarbeiter den Wert der Verbesserung herauszahlt. Maimonides hat eben die Schwäche eines Gesetzes gefühlt, das Räubern und Dieben einen Vorteil gewährt. Deshalb sucht er nicht nur einzuschränken, sondern lehnt auch jede Ausdehnung dieser Begünstigung des Unrechts auf irgend ein anderes Gebiet ab. „Ein Raub[108]), der nicht verändert wurde, aber im Preise gestiegen ist, muß selbst dann in natura

[106]) Es ist aber wohl zu beachten, daß Maimonides trotz dieses Anlaufs nicht einer jeden natürlichen Veränderung die erwerbende Kraft nimmt. So hält er (ibid. § 14) den Satz aufrecht, daß ein „Lamm, welches Widder, und ein Kalb, welches Rind geworden ist", vom Räuber dadurch erworben werde, auch wenn kein Verzicht vorliegt. Vielleicht hat er in diesen Fällen an einen der Ersitzung ähnelnden Rechtsgrund gedacht.

[107]) Ibid. § 6, Ende.

[108]) § 16.

dem Eigentümer zurückgegeben werden, wenn er darauf verzichtet hat!" Der Räuber hat an der Wertsteigerung überhaupt keinen Anteil; die Verordnung, daß er die Verbesserung erhält, geht nur auf materiell wahrnehmbare Veränderungen, nicht aber auf den Wertzuwachs.

Die einschränkende Wirkung des Verzichts bewährt sich, allerdings nur theoretisch, auch an anderer Stelle[109]): „Des Diebes, des Räubers und des Erpressers Hebe ist gültige, heilige Hebe. Wenn aber der Eigentümer dem Räuber nachläuft, so ist es nicht der Fall" (denn das Nachlaufen ist deutliches Zeichen des mangelnden Verzichts!).

Von sonstigen Fortschritten geringerer Natur ist noch bemerkenswert: 1. Der Erwerb durch Namensänderung, ein bloßer Notbehelf, ist eingeschränkt. Nur in dem Falle, daß Balken zu Brettern (lûchôt) verarbeitet werden, läßt Maimonides die Erwerbung in dem Augenblick eintreten, da man den Holzstücken den neuen Namen gibt[110]). 2. Der Satz, daß Möglichkeit der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands die Erwerbskraft aufhebt, wird so scharf gefaßt, daß selbst im Falle der Adjunktion Maimonides theoretisch den Standpunkt Schammais billigt und nur aus dem früher angeführten Grunde praktischer Natur erworben sein läßt[111]). Wenn also einer einen geraubten Balken in die am Laubhüttenfeste zu errichtende Hütte eingebaut hat, muß er, sobald nach dem Feste das Einreißen erfolgt, ihn wieder in natura zurückgeben.

Wenn wir uns nunmehr zu den Arbeiten der Tosafisten und des Ascher ben Jechiel (Rosch) wenden, so sei vorausgeschickt, daß sie nicht etwa, was auch schon aus der Gleichzeitigkeit hervorgeht, eine Fortsetzung der Gedanken des Maimonides sind. Sie gehen neben ihm her; während des Maimonides Mischnêh Tôrâh die Entwicklung aufzeichnet, die das jüdische Recht in Spanien und Nordafrika genommen hat,

---

[109]) Terumôt, Abschn. 4, § 11.

[110]) Gezêlâh wa'abêdâh, Abs. 2, § 14.

[111]) Ibid. Abs. 1, § 5.

beschäftigen sich die Tosafisten mit dem, was Deutschland und Frankreich hervorgebracht haben. Dieser Gegensatz zwischen „spanischen" und „deutschen" Juden, der auf dem Gebiete der Philosophie und der Sprache allgemein bekannt ist, äußert sich auch in den Rechtsbegriffen. Indem dazu im voraus bemerkt sei, daß auch die Ziele beider Entwicklungen weit auseinander gingen, da die Tosafisten mehr theoretische, der Kodex des Maimonides mehr praktische Zwecke verfolgte, sollen — unter Weglassung der vielen Ausgleichsversuche — diejenigen Punkte herausgegriffen werden, die tatsächlich einen Fortschritt bedeuten.

Außerordentlich wichtig ist, daß der Begriff des Kunstwerks nunmehr deutlich erkannt und ausgesprochen wird, während er im talmudischen Zeitalter nur verschleiert eingeführt war, um den Eigentümer zu schützen und ihm Ersatz zu gewähren, falls ein Dieb seinen Kunstgegenstand durch Verarbeitung zu einer anderen Sache zerstörte[112]). Wer aus Silber Münzen machte, hatte nicht erworben, während es wohl der Fall war, wenn er Münzen zu einem Silberklumpen umgestaltet hatte. Die Tosafisten[113]) stützen sich darauf, daß dies nur für den einen konkreten Fall gesagt ist, und entscheiden: „Hat er aber aus dem Silberstück ein Gerät gemacht, wie z. B. einen silbernen Becher, so hat er ihn erworben" (obwohl er ja zurückverwandelt werden kann), und sie begründen dies ausdrücklich damit, daß der Stoff einen besonderen Wert, eben den Kunstwert angenommen habe, was bei der Verarbeitung von Silber zu Münzen und Erde zu Ziegelsteinen nicht der Fall sei. Mit dieser Einführung ist eine längst empfundene Lücke ausgefüllt und die kleine, kaum drei Zeilen umfassende Auseinandersetzung muß als die wichtigste Fortentwicklung der nachtalmudischen Zeit angesehen werden.

Daß diese Errungenschaft, obwohl sie im späteren Gesetzestext nicht berücksichtigt worden ist, nicht der glückliche Ein-

---

[112]) Siehe S. 269 f.

[113]) B. Q. 96b. Stichwort: wa ʿabdêh.

fall eines besonders scharfsinnigen oder mit fremdem Rechte vertrauten Gelehrten ist, sondern eine natürliche Entwicklung, die sich mit der Zeit ergeben mußte, zeigt sich darin, daß man auch von anderer Basis ausgehend ziemlich nahe an diese Anschauung herangekommen ist. Die Tosafisten[114]) haben nämlich auch dem Willen des Spezifikanten eine gewisse Mitwirkung zugesprochen. In den Streit um Rabbi Jehûdâh und Rabbi Meïr, der in Wahrheit auf einen alten Textfehler zurückgeht[115]), bringen sie, um eine formale Erklärung geben zu können, die Frage hinein, inwiefern der Erwerb durch mangelnden Willen des Spezifikanten beeinflußt wird und erklären, daß in dem dort zur Diskussion stehenden Falle die Erwerbung (von Wolle durch Färben) deshalb nicht eintritt, weil der Verarbeiter nicht erwerben will! Damit ist im Grunde die Frage wieder aufgerollt, zu wessen Gunsten die Regel von der Spezifikation aufgestellt ist, und verschleiert der Streit um den Vorrang von Stoff oder Arbeit aufgefrischt. Denn diese Ansicht, die den Willen des Spezifikanten mitwirken läßt, ist nur ein weiterer Fortschritt auf dem einmal betretenen Wege der Betonung des Wertes der Arbeit und insofern nähert sie sich der oben erwähnten Tendenz, als auch nach ihr der Künstler, der aus fremdem Stoffe — ob nun bona fide oder nicht — ein Kunstwerk schafft, der selbstverständlich auch den Willen zum Erwerben des Rohmaterials besitzt, wirklich auch erworben hat! Leider hat dieser so wichtige Ansatz ebensowenig wie der vorige den Begriff, auf den sie hinaussteuern, ganz klar herausgebracht, und er hat ebenfalls in dem heute geltenden Kodex des jüdischen Rechtes keine Aufnahme gefunden.

Ebenso wie Maimonides haben auch die Tosafisten die Hilfsbegriffe des „Verzicht", der Veränderung des Namens und des Besitzwechsels in weiterem Umfange zu

[114]) Tosaf, B. Q. 95b Stichwort: bĭschʿbach, und Bâbâ mesi ʿa 43b Stichwort: mĕschallêm.

[115]) Vgl. S. 254.

Hilfe nehmen müssen, um die fortgeschrittene Rechtsanschauung mit dem überlieferten Text in eine gewisse Uebereinstimmung zu bringen. Daß sie in manchen Fällen unabhängig voneinander, ohne gemeinsame Quelle dazu kommen, ist ein Beweis, daß eine gewisse Verknüpfung wohl besteht. Es hat sich nach dieser Richtung ein ganzes System herausgebildet, dessen Anfänge freilich schon in der talmudischen Zeit liegen. Aus diesem ist als wichtig hervorzuheben [116]): 1. Veränderung durch Verarbeitung, die keine Wiederherstellung des früheren Zustandes zuläßt, sowie ebensolche Namensveränderung (natürliche Aenderung der Sache aus sich selbst) erwirbt auch ohne Verzicht des Eigentümers. 2a. Veränderung durch Verarbeitung, bei der Wiederherstellung möglich ist, erwirbt ohne Verzicht nur nach einzelner rabbinischer Anschauung aus Billigkeitsrücksichten. 2b. Namensänderung, bei der der frühere Name wiederkehrt, erwirbt ohne Verzicht überhaupt nicht (außer in dem Falle der Adjunktion, der als Ausnahme dargestellt wird) [117]).

An dem bisher geschilderten Gange der Entwicklung ist weder durch Ascher ben Jechiel, den Bearbeiter und Kompilator der Tôsafôt, noch durch die heute geltende Kodifikation, den Schulchan ʿarûk, etwas geändert worden. Leider sind auch die wichtigen Ansätze zur Fortentwicklung seitens der Tosafisten nicht verwendet worden. Daß der Schulchan ʿarûk

[116]) Tosaf, Sukkâh 30 b, Stichwort: weliqnâu (das letzte Drittel).

[117]) Die Auffassung, daß Namensänderung nie ohne „Verzicht“ oder gleichzeitige Verarbeitung erwirbt, findet sich öfters, z. B. Tosaf, B. Q. 66 b, Stichwort: schinnui. Zur Anwendung des Systems auf die einzelnen Fälle siehe Tosaf, B. Q. 67 a, Stichwort: hâ', wo besonders der Einfluß des Verzichts auf die Namensänderung behandelt wird (Beispiel: Geraubte und dann dem Heiligtum dargebrachte Dinge, an denen der Name „heilig“ erst haftet, wenn Verzicht vorliegt). Daselbst auch die Behandlung der Adjunktion als eine zurückgehende Namensänderung. (Vgl. Schulchan arûk, Chôschen mischpât § 353, 1. — Der Fall, daß Besitzwechsel in Verbindung mit Verzicht erwirbt, hat mit der Spezifikation nichts wie den Namen gemeinsam. Chôschen mischpât 361,

der Form nach die Gedanken in leicht faßliche Sätze gekleidet hat, ist selbstverständlich, ebenso daß er einen festen Standpunkt einnimmt[118]), und selten zwischen verschiedenen Anschauungen die Wahl läßt.

Das heute geltende Recht läßt sich in Anlehnung an die Form moderner Gesetzgebungen (B. G. B. §§ 946, 950, 951) wie folgt formulieren:

Wird eine bewegliche Sache mit einem Grundstück dergestalt verbunden, daß sie wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird, so erstreckt sich das Eigentum an dem Grundstück auf diese Sache. Nach Lösung der Verbindung lebt das frühere Eigentumsverhältnis wieder auf.

Wer durch Verarbeitung oder Umbildung von Stoffen eine Sache mit einem neuen wirtschaftlichen Charakter herstellt, erwirbt das Eigentum an der neuen Sache, auch wenn er sich der Rechtswidrigkeit seines Handelns bewußt war, falls nicht eine Zurückversetzung in den früheren Zustand möglich ist. Als Umbildung gilt auch die aus der Natur der Sache sich ergebende natürliche Veränderung sowie das Hinzutreten von Früchten, aber nur, wenn seitens des ursprünglichen Eigentümers der Wille zum Eigentumsverzicht deutlich kundgegeben wird oder anzunehmen ist.

Wer infolge dieser Vorschriften einen Rechtsverlust erleidet, kann von demjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eintritt, eine Vergütung in Geld verlangen, die dem Wert der Sache zur Zeit des Besitzüberganges entspricht.

---

[118]) So ist der Gedanke, der sich bis zu den Tosafisten hingezogen hatte, daß unter Umständen eine zurückgehende Veränderung doch erwerbe, aus ihm gänzlich verbannt.

X.

Privatrechtliche Begriffe der Indianer des Chaco.

Von

Schuler in Asunción.

Einleitung.

Zu dieser Arbeit durch einige deutsche Gelehrte angeregt war ich mir sofort der Schwierigkeiten klar, welche sich der Ausführung derselben entgegenstellten.

Unter diesen war nicht die kleinste, überhaupt zu präzisieren, welche der heutzutage bestehenden vielen Stämme von Ureinwohnern den Namen Indianer wirklich verdienen. In älteren Werken sprach man kurzweg von den „Guaranis", welche einen Teil Brasiliens und auch Paraguays bevölkerten.

Nun stellt es sich aber immer mehr heraus, daß diese „Guaranis" überhaupt kein indianischer, sondern vielmehr ein eingewanderter Stamm waren, zu welcher Erkenntnis viel der Umstand beitrug, daß man die Guaranisprache mit den Sprachen der Indianer zu vergleichen begann. Diese Sprachen sind so verschieden, daß ein genauer Kenner des Guarani nicht im stande wäre die Indianer zu verstehen. Allerdings verwenden die Stämme der Tobas, Lenguas und der Chamakokken Worte, die sie dem Guarani entlehnen, sie sind sich aber dessen wohl bewußt und nicht alle unter ihnen verstehen dieselben. Ein Zweifel über diese immer mehr Eingang findende Erkenntnis könnte höchstens in Bezug auf die Guayaquí- und Cainguá-Indianer, welche in Misiones leben, bestehen, deren Sitten auch wesentlich von jenen der früher erwähnten abweichen, und deren ich nur gelegentlich bei Besprechung der anderen Stämme Erwähnung tun will.

Die Schwierigkeiten vermehren sich, wenn man bedenkt, daß so gut wie gar keine Literatur über die Sache besteht. In dieser Hinsicht gibt es fast keine Werke, aus denen Quellenstoff geschöpft werden könnte; ich war also auf meine eigenen Erfahrungen und auf Erzählungen von Forschern angewiesen, die zeitweilig den Chaco oder Misiones bereisen, obwohl die von ihnen erhaltenen Aufschlüsse höchst mangelhaft sind, da ja diese Reisenden meist Naturforscher und keine Juristen waren.

Am besten dienten mir die Aufschlüsse eines Spaniers, Marquis Larussea, der lange Jahre große Holzschlägereien im Chaco geleitet hatte, sowie des böhmischen Forschungsreisenden Herrn Woytscheck Frič, der auch eine recht wertvolle Sammlung indianischer Gegenstände zusammengestellt hatte, die leider in Paraguay viel zu wenig gewürdigt worden ist. Die Aufzeichnungen Larusseas über indianische Sprachen bilden die Basis der bekannten Wörterbücher des italienischen Malers Boggiani, der bei Médanos von den Chamakokken ermordet worden.

Den meisten Wert lege ich aber unbedingt den Mitteilungen Frič's bei, der als Slawe die Sprache der Indianer so vollständig erlernte, wie keiner der lateinischen Forschungsreisenden, und infolgedessen von den Indianern wie ein Familienmitglied behandelt wurde.

Ferner benutzte ich die Schriften Ambrosettis, Bertonis, Ibarretas, Ulrich Schmiedels, sowie die im Nationalarchiv von Asunción aufbewahrten Urkunden.

Von Ambrosetti benutzte ich hauptsächlich die Schrift „Los Indios Cainguá“ und von Boggiani „Meine Reise an den Navileque“.

Es ist schließlich zu bemerken, daß der Indianer gegen jeden Weißen, in ihm einen Feind vermutend, ein tiefes Mißtrauen hegt und gewisse auf innere Verhältnisse abzielende Fragen gewöhnlich mit einem blöden Lächeln der Verlegenheit beantwortet, sich aber sonst beharrlich ausschweigt.

Eine scharfe Beobachtung ihres Tun und Treibens, be-

sonders wenn sie sich unbeachtet wähnen, läßt dann auf die wirklichen Gründe ihrer Handlungen Schlüsse ziehen, die der Wahrheit am nächsten kommen.

Ich berücksichtige in dieser Arbeit besonders folgende Stämme: Tobas, Lenguas, Chamakokken im Chaco, Stämme am Navileque, die Cainguá und die Guayaquí, welche in Misiones ihre Wohnsitze haben. Tobas, Lenguas und Chamakokken stehen, obwohl sie sich fortwährend bekriegen, doch in einem gewissen Zusammenhange; sie alle sprechen von einem Cacique Grande-Grande, welcher weit entfernt im Innern des Chaco wohnen soll.

Ob nun diese Erzählung vom Cacique Grande-Grande (sehr großer Kazike) nicht auf sagenhaften Ueberlieferungen aus der Zeit der Kolonialherrschaft beruht, und ob damit nicht vielleicht der König von Spanien oder ein Inka gemeint sei, will ich dahingestellt sein lassen, doch muß ich auf einen Umstand hinweisen, der mir oft genug auffiel.

Es ist dies die Tatsache, daß die Fehden der Stämme, wenn noch so erbittert geführt, oft plötzlich aufhören und zum Stillstande kommen.

Der Kazike des Stammes hat dann sicher einen Runenbrief erhalten, d. h. es wurde ihm ein Baumzweig mit den seltsamsten Figurengravierungen überreicht; ob dieser Brief vom Feinde herrührt und Friedensvorschläge enthält, oder ob der Brief einen Befehl des Oberkaziken bringt, konnte ich nicht genau ermitteln.

Staats- und Standesrecht.

Beim Indianer, wie wahrscheinlich allen Naturvölkern, beruht die staatsrechtliche Verfassung auf reinem Familienrecht, denn der Stamm ist nichts anderes als eine erweiterte Familie.

Dies vorausgeschickt, komme ich auf folgendes höchst merkwürdige eigene Erlebnis zu sprechen, welches auf den Personenstand interessante Streiflichter wirft.

Ich befand mich in Puerto Maria, einer großen Fabrik von Quebrachoextrakt, etwa unter dem 21.° südl. Breite, am Paraguayflusse, gegenüber der brasilianischen Estancia Tarumá.

Es war am 11. Juli 1907, ungefähr um 4 Uhr Nachmittags, als mich die zwei Monteure der Fabrik, Filko und Fröhlich, benachrichtigten, daß sich im Walde eine Truppe von ungefähr 20—25 Chamakokken befände, die sich der Fabrik näherten, offenbar um Tauschhandel zu treiben und Arbeit zu suchen.

Wir gingen den Indianern entgegen und erblickten sie bald auf geringe Entfernung. Filko, welcher die Leute noch von ihrem letzten Auftreten kannte, zeigte mir den Sargento (Unterkaziken), der eine alte brasilianische Kaporalmütze trug, den Zauberer, an seinem Gürtel aus Tigerfell mit Amulettäschchen erkenntlich, und den Lustigmacher, der dem Haufen vorantanzte und fürchterliche Verrenkungen der Glieder ausführte, sowie Grimassen schnitt. Wir hielten den Burschen einfach für einen Lustigmacher; will man aber Boggiani in seiner Reise an den „Navileque“ glauben, so handelte es sich um einen Heiratswerber, der seine Befähigung, eine Familie erhalten zu können, durch Tanzen und Schreien bis zum Sinnloswerden beweisen müsse.

Es fiel uns bei näherem Beobachten auf, daß gewisse unter den Männern und Jungen bessere Waffen trugen, Waffen, die, wie wir später erfuhren, nicht zum Tauschhandel bestimmt waren, andere wieder mit Waffen zum Tauschhandel, also Industrieerzeugnissen beladen waren; Kinder schleppten sich mit Küchengeräten und Säcken, die offenbar Mundvorrat enthielten.

Es konnte keinem Zweifel unterliegen, daß hier Klassenunterschiede sichtbar wurden. Die Gepäckträger waren offenbar Sklaven, kriegsgefangene Lenguas, eines der Mädchen wurde später dem Maschinenmeister verkauft und befindet sich noch in Puerto Maria. Meine Erkundigungen führten zu folgendem Resultate. Man unterscheidet wirklich im Stamme Vollfreie, einfache Freie und Sklaven, letztere Kriegsgefangene.

Die Vollfreien, die Kazikenfamilie und ihre nächsten Verwandten, genießen das größte Ansehen, unter ihnen wird der Medizin- (Arzt) Zauberer und der Priester gewählt. Die übrigen Stammesangehörigen sind einfach Freie, doch erhöht sich ihr Ansehen durch tapfere Führung im Kriege und auf der Jagd. Unter ihnen wird der „Sargento“ oder Unterkazike, eigentlich der ausführende Arm des Kaziken, gewählt.

Nur die obersten Freien enthalten sich vollkommen der Arbeit, alle übrigen müssen, jeder nach seiner Art, zur Ernährung und Erhaltung des Stammes beitragen.

Den genannten Stämmen ist der Ackerbau nicht unbekannt; sobald sie ihre „Toldos“, Hütten aus Baumzweigen, aufgeschlagen haben, beginnen sie anzupflanzen, und ehe sie geerntet haben, ziehen sie nur im äußersten Notfalle weiter. — Wer sich aber auf der Jagd besonders kühn und verschlagen zeigt und den Stamm mit reichlicher Fleischnahrung versorgt, ist selbstverständlich besonders angesehen.

Ist die Stellung eines Vollfreien erblich oder wird sie durch persönliche Tüchtigkeit erworben? Larussea behauptet das letztere und führt als Beweis an, daß nicht immer der Sohn des Kaziken wiederum zum Kaziken erhoben wird.

Dies ist sehr leicht möglich; ich glaube aber, daß ein Geburtsvorrecht besteht (denn, wie ich bereits erzählte, wurden sogar Kinder und Jungen durch die Ueberlassung besonders guter Waffen ausgezeichnet), wohl aber weiß ich bestimmt, daß ihnen eine Capitis deminutio maxima, wenigstens auf gewisse Zeit, bekannt ist.

Diese besteht darin, daß der Kazike, dem überhaupt das unbedingte Verfügungsrecht über alle Stammesglieder zusteht, den betreffenden Stammesgenossen faktisch „trans Tiberim verkauft“, d. h. an die Weißen für bestimmte Zeit verdingt. Es ist ganz unmöglich, einen Indianer in Dienst zu nehmen, soferne nicht eine Abmachung mit dem Kaziken vorausgeht. Der Indianer würde sich in nichts verpflichtet halten und bei

nächster Gelegenheit durchbrennen. Es gibt aber stets einige ungehorsame Individuen oder solche, welche sich feige und ungeschickt gezeigt, z. B. die bestimmte Quantität Fleisch oder die Ernte ihrer Pflanzung nicht abgeliefert haben, und diese werden dann vom Kaziken dazu bestimmt, dem weißen Manne, sei er nun als Holzlieferant oder als Industrieller im Chaco ansässig, auf bestimmte Zeit verdingt zu werden. Der bedungene Lohn wird dem Kaziken gezahlt, der Arbeiter erhält nur die Verköstigung; und merkwürdigerweise, so unverläßlich der Indianer sonst ist, so ruhig und geduldig dient er die Strafzeit ab, die zwischen 6—20 Monaten (Monden) variiert.

Selbstverständlich kennen die weißen Arbeitgeber in den meisten Fällen den Grund der Verdingung nicht, sie sind zufrieden, einen Arbeiter mehr zu haben; ist die Strafzeit um, so macht sich der Indianer aus dem Staube —, denn eine Verpflichtung gegen den Weißen kennt der Indianer nicht, er gehorcht nur seinem Kaziken.

Auch eine vollständige Ausstoßung aus dem Stamme ist bekannt; solche Indianer ziehen dann gewöhnlich mit Weißen umher oder siedeln sich am äußersten Ende einer Niederlassung an, sie scheinen sich sehr unglücklich zu fühlen. Weshalb eine solche Ausstoßung erfolgt, habe ich nicht erfahren können.

Von der Verdingung des ganzen Stammes durch den Kaziken spreche ich später, bei den Verträgen.

Schwangerschaft und Geburt.

Sobald eine Indianerin sich schwanger fühlt, umgeben sie die anderen Weiber mit besonderer Sorgfalt, auch der Medizinmann oder Zauberer unterwirft sie vielfach verschiedenen abenteuerlichen Zeremonien.

Die erfolgte Geburt wird durch Einschneidung gewisser Zeichen an Bäumen der Erinnerung übergeben. Ueber die während der Geburt herrschenden Gebräuche sind viele Fabeln verbreitet worden. So erzählt Ambrosetti, daß bei den

Cainguá und Guayaquí der Brauch herrsche, daß der Mann die Krümmungen und Schmerzensrufe der gebärenden Frau nachahmen müsse (Fabel); weiter berichtet Boggiani, daß sich die Indianerinnen am Navileque zum Geburtsakte eine eigene kreisartige Palisadenwand errichteten, innerhalb deren sie die Geburt abwarteten. Ich glaube in dieser Hinsicht mich auf Frič berufen zu können, der mir nur mitteilte, daß sich die Indianerinnen während des Geburtsaktes in einen Winkel der Hütte oder in eine Art Versteck im Walde verkriechen, und daß die Zauberer und andere Stammesmitglieder fleißig die Beschwörungskalabassen rührten (kleine ausgehöhlte Kürbisse mit Steinchen im Innern, um durch deren Geräusch böse Geister abzuhalten).

Die Kinder stehen bis zu ihrem Pubertätsalter (beim Knaben 10, bei den Mädchen 8 Jahre) faktisch im Eigentume der Eltern, später gehören sie dem Stamme an, und deshalb hat der Kazike stets ein gewisses Verfügungsrecht über sie.

Ehe.

Ich gelange nun zu einem Kapitel, bei welchem meine Gewährsmänner am weitesten voneinander abweichen. Es ist dies die Ehe.

Ambrosetti behauptet von den Cainguá, daß sie einen Ehebund in unserem Sinne wohl kennen, und daß dazu zwei Erfordernisse nötig wären: die Erlaubnis des Kaziken und der Nachweis, eine Frau ernähren zu können. Dieser Nachweis müsse entweder durch die Pflanzung von einer gewissen Anzahl Orangenbäumen oder Maispflanzen oder auch durch Herbeischaffung einer bestimmten Menge Jagdfleisches erbracht werden.

Dem Cainguá sind höchstens vier Frauen erlaubt. Die Ehe ist nur bei Ertappung auf Untreue auflöslich, doch kann die Untreue auch durch eine tüchtige Tracht Prügel gesühnt werden.

Ich wiederhole hier das eingangs Gesagte, daß ich die Cainguá nicht für einen wahren Indianerstamm, sondern vielmehr für Guaranis halte. Ambrosetti gibt ferner zu, daß die einzelnen Frauen der Cainguás unter sich in bester Eintracht leben, ein Zeichen, daß sie diesen Zustand für vollkommen richtig und angemessen halten. Weder Tobas, Lenguas noch Chamakokken kennen etwas Aehnliches.

Ich greife hier den Stamm der Tobas heraus, weil sie die typischsten Vertreter der indianischen Chacobewohner sind.

Der im heiratsfähigen Alter stehende Toba färbt sich das Gesicht mit rotem Pflanzensafte und bewirbt sich beim Kaziken um die Erlaubnis zur Heirat, und zwar mit Geschenken, meistens Jagdtrophäen.

Ist das betreffende Mädchen, welches ebenfalls die rote Farbe gebraucht, einverstanden, so wird der Tag der Hochzeit festgesetzt und zur Vollziehung der Trauung die Stunde des Mondaufganges gewählt.

Es versammelt sich der ganze Stamm, auf einer Kuhhaut sitzt der Kazike, der Priester und Zauberer, zwischen ihnen die beiden Kontrahenten.

Im Kreise umher stehen die Stammesglieder, in erster Linie die Männer, dann die Jungen, in zweiter Linie die Frauen und schließlich die Mädchen.

Das Mädchen gelobt nun dem Manne, auf eine gewisse Zeit, entweder 6 oder 12 oder 20 Monde treu sein sowie ihm gewisse Kleidungsstücke anfertigen zu wollen, worauf unter heftigem Geklapper der Beschwörungskalabassen die Copula carnalis in Gegenwart aller Zeugen vollzogen wird.

Den Mann verpflichtet der Ehebund nicht zur Treue, bloß die Frau, und auch diese nur bis zum Ende des Vertrages. Von diesem Zeitpunkte an, ist auch sie vollkommen frei und es tritt ein Zustand tierischer, zufälliger Begattung ein. Der Kazike kann auch die Weiber an Weiße verdingen; wehe aber demjenigen, der ohne solche Erlaubnis sich mit Indianerinnen in Verhältnisse einlassen wollte, er würde diesen Ver-

such, wie Ibarreta und Boggiani, sofort mit dem Leben bezahlen.

Der für solche Dienste dem Kaziken zu bezahlende Lohn kommt teilweise diesem, teilweise dem Stamme zu gute, was wieder zu Gunsten meiner Vermutung spricht, daß der Indianer zu seinem Stamme in einem dem Eigentum ähnlichen Verhältnisse steht, und der Kazike wie eine Art Verwalter auftritt.

Der Fall tritt nicht bei Sklavinnen oder Sklaven ein, die, wie es scheint, ohne besondere Erlaubnis des Kaziken von ihrem Herrn, der sie gefangen genommen, verkauft werden können.

Solchen Verträgen habe ich mehrere Male beigewohnt, ohne bemerkt zu haben, daß die Einholung einer Erlaubnis von seiten des Kaziken notwendig gewesen wäre.

Eigentumsrecht.

Die Indianerstämme des Chaco erkennen unsere Rechtsverhältnisse nicht an, sondern glauben die einzigen rechtlichen Grundeigentümer des Chaco zu sein. Jeder Stamm hat sein zugewiesenes Land, welches dem Kaziken genau bekannt ist und durch fortwährend umherstreifende Abgesandte eifersüchtig gegen die Invasion eines fremden Stammes bewacht wird. Sie halten dafür, daß ihnen dieses Land von Gott selbst wie ein Erbe zugewiesen, und daß der Weiße nichts anderes als ein böswilliger Usurpator sei.

Bei beweglichen Sachen unterscheidet der Indianer ein allgemeines Stammeseigentum und ein höchst persönliches.

Zu ersterem gehören alle nützlichen Haustiere, sowie alle Gebrauchsgegenstände und Nahrungsmittel, zu letzterem Waffen, Amulette, der Hund und gewisse von der erwählten Braut dem Manne verfertigte Kleidungsstücke, sowie Jagdtaschen.

Diese Gegenstände werden beim Tode des Indianers vollkommen außer Verkehr gesetzt, d. h. in der Nähe des Grabes aufgehängt, der Hund aus der Hütte verjagt, mit einem Worte

niemand vom Stamme erlaubt sich mehr dieses höchst persönliche Eigentum zu gebrauchen.

Ueber sein höchst persönliches Eigentum kann der Indianer verfügen wie er will — er verkauft es oder vertauscht es den Weißen, wie es ihm am besten scheint. Daß gewisse Gegenstände, wie Beschwörungskalabassen, Amulette oder Fetische, nicht verkauft werden, ist reinem religiösen Bedenken zuzuschreiben.

Vor allem sind es aber Bogen und Pfeile, sowie Jagdtäschchen, die am meisten an die Reisenden verkauft werden, überhaupt Industrieerzeugnisse, sie werden von den Frauen und Jungen angefertigt und sind bedeutend schlechter als die zum Gebrauche bestimmten.

Die Indianer unterscheiden wohl zwischen Tausch und Kauf. Der erstere Vertrag ist ihnen geläufiger, da sie den ihnen nötigen Gegenstand unmittelbar vor sich sehen, und der ertauschte Gegenstand in ihr höchst persönliches Eigentum übergeht, während beim Verkaufe stets der Stamm, d. h. der Kazike, berücksichtigt werden muß.

Indianer, welche unter Weißen gelebt haben, kennen den Wert des Geldes ziemlich genau, wie sie überhaupt keine schlechten Schacherer sind, nur beim Tauschgeschäfte verleitet sie ihre kindische Habgier und Besitzlust an glänzenden, farbigen Gegenständen zu bisweilen ungeheuerlichen Verträgen.

So haben die englischen Missionäre bei Concepción oft um ein paar Stücke wertlosen, aber grell gefärbten Kattuns die prächtigsten Otter-, Hirsch- und Tigerfelle erstanden; würde man diese Felle für Geld erwerben wollen, so würden die Indianer sicher so viele Notas (Geld) fordern, daß das Resultat des Kaufes für den Weißen illusorisch bliebe.

Dienst- und Lohnverträge.

Die Kaziken schließen solche mit den Arbeitgebern, und zwar für den ganzen Stamm verbindlich ab. Es wird dabei genau der Lohn, sowie die Verköstigung bedungen; jede Aende-

rung betrachtet der Indianer als einen Vertragsbruch und zieht sich grollend zurück; wenn er kann auch Schaden anrichtend.

So erregten die Indianer in Puerto Sastre einen Aufruhr, weil ihnen die zugesagte Ration Schiffszwieback verringert worden war.

Gänzlich unbekannt scheint den Indianern das Pfandrecht zu sein, wenigstens habe ich nie bei ihnen etwas Aehnliches entdecken können.

Ebenso unbekannt ist, nach dem vorher Gesagten, das Erbrecht, da ja der Grundbesitz nur dem Stamme als solchem zugehört und die beweglichen Gegenstände teilweise als höchst persönliches Eigentum, Waffen, außer Verkehr gesetzt werden oder ebenfalls wie Gebrauchsgegenstände dem Stamme verbleiben.

Eine Ausnahme davon machen die Cainguá, bei welchen ein abgesondertes Privateigentum der Ehegatten besteht, welches nach dem Tode des einen auf den anderen, überlebenden Ehegatten und sogar auf die Kinder übergeht.

Es sind dies meistens Geschenke, welche dem Manne oder der Frau abgesondert überreicht wurden.

Nachwort

von

Josef Kohler.

Diesem schätzenswerten Beitrag über das Recht der Indianer möchte ich nur einige wenige Geleitworte beifügen:

Daß die Guaranis Sprache und Bräuche haben, die von denen der Indianer abweichen, ist außerordentlich bedeutsam, und diese Erkenntnis wird von vielen Fehlern zurückhalten, welche eben darin bestehen, daß man die uns bekannteren Rechte der Guaranis mit denen der anderen Stämme auf gleiche Stufe stellt.

Was die mitgeteilten Rechtsverhältnisse der Völker im Chaco betrifft, so ist vor allem hervorzuheben:

1. Die starke Entwicklung des Häuptlingtums, welches dahin abzielt, daß der Häuptling über die Untertanen ein freies Verfügungsrecht hat. Dieses Häuptlingstum ist noch dadurch gekennzeichnet, daß die Häuptlingsfamilie eine adelige Klasse der Bevölkerung bildet, aus der auch der Zauberer stammt, was offenbar mit religiösen Vorstellungen zusammenhängt: gilt die Häuptlingsfamilie als eine mit den heiligen Mächten verbundene Familie, so ist dies ein Hauptmotiv, um den Häuptling zum vollständigen Herrn zu machen.

Die Frage über die Erbfolge des Häuptlingtums wird sich einfach dahin erledigen lassen, daß die Erbfolge nur in der Häuptlingsfamilie stattfindet, daß aber durchaus nicht immer der Sohn dem Vater folgt, sondern nötigenfalls eine Auswahl unter den Abkömmlingen oder sonstigen Verwandten stattfindet; was eine ganz universelle Auffassung ist: denn damit vereinigt sich die Anschauung, daß die Häuptlingsfamilie eine höhere Rangstufe in der Bevölkerung einnimmt, mit dem praktischen Bedürfnis, daß nur eine fähige Person zur Regierung gelangt.

Die Ausstoßung aus dem Stamme ist gleichfalls eine universelle Erscheinung; sie erfolgt insbesondere bei schwerer Verletzung der Bräuche des Volkes. Es sind oft Verstöße gegen die Taburegeln, religiöse Verfehlungen, die uns unverfänglich erscheinen, aber bei diesen Völkern ungeheuer ins Gewicht fallen. Näheres dürfte wohl noch zu ermitteln sein.

2. Das Sklaventum ist, wie es scheint, vollkommen entwickelt.

3. Die Nachrichten über die Ehe sind von außerordentlicher Bedeutung. Hiernach gibt es nur eine Zeitehe in der Art, daß die Frau während einiger Monate den übrigen Männern entzogen ist. Nach dieser Frist ist der Umgang wieder frei. Dies ist eine vollständige Bestätigung der Lehre von der ursprünglichen sogenannten Hetärie, d. h. von dem regellosen Umgang der Geschlechter, aus dem sich allmählich

die Ehe hervorgerungen hat; hier in der Art, daß die Ehe immer nur ein vorübergehender Zustand mehrerer Monate ist, während welcher dem Mann eine Art von Monopol an der Frau zusteht. Daß die Copula carnalis in Gegenwart der ganzen Versammlung stattfindet, ist nicht gerade auffallend, zeigt aber eine Abweichung von den Bräuchen vieler Völker, welche die Ehe als etwas Unheiliges und Heimliches betrachten, das der Allgemeinheit und den Göttern verhehlt wird. Daß die Guaranis hier ganz andere Grundsätze befolgen, ist von größtem Interesse und zeigt, wie unrichtig es ist, von ihnen auf die Indianer zu schließen.

Die Nachricht eines Gewährsmannes, daß der Mann die Bewegungen der gebärenden Frau nachahme, ist wohl nur eine Verzerrung der Vorstellung von der Couvade, die gewiß auch hier gilt. Der Mann muß sicher auch hier kurze Zeit nach der Geburt des Kindes das Lager hüten, und daraus mögen sich immerhin solche Fabeln gebildet haben. Daß die Frau bei der Geburt durch eine Palisade abgeschlossen wird, ist durchaus nicht unwahrscheinlich, mag aber eine Sonderart einzelner Stämme sein; der Gedanke ist der, daß die Geburt, als etwas Unreines, der übrigen Welt verheimlicht wird.

4. Die Nachrichten über die Eigentumsverhältnisse sind ebenfalls von großer Bedeutung und stimmen mit dem, was wir von anderen Völkern wissen, überein. Unbewegliches Vermögen ist Stammesgut: die Motive, die ein Eigentum am Grund und Boden hervorgerufen haben, sind hier noch nicht eingetreten oder sie waren hierzu nicht mächtig genug. Von den beweglichen Sachen aber gilt der Grundsatz: sie sind entweder mit der Persönlichkeit und ihren Geistern und Genien speziell verbunden; dann sind sie individuelles Privateigentum und zwar in dem Maße, daß sie der Persönlichkeit auch nach ihrem Tode gehören und ihr geopfert werden; die übrigen Gegenstände aber, wie Haustiere, Gebrauchssachen und Nahrungsmittel, sind zwar dem einzelnen preisgegeben, aber doch nur vorübergehend für normale Zustände und während der

Lebzeiten: in Tagen der Not wird jedenfalls jeder verpflichtet sein, dem anderen von seiner Habe mitzuteilen, und mit dem Tode wird die Habe wieder Gemeingut.

5. Auch was den Tauschverkehr betrifft, wird hier vollkommen bestätigt, was wir sonst wissen, daß der Tauschverkehr durchaus nicht zunächst eine Sache des Bedürfnisses, sondern eine Sache der kindlichen Laune und der ungezügelten Neigung zur Abwechslung ist. Der Wilde will immer wieder andere Dinge, er will besonders Gegenstände, die glänzen und ihm ins Auge fallen. Dies hat ebenso die frühere Rechtsphilosophie verkannt, wie die ökonomische Wissenschaft, welche den Tausch zunächst auf die Arbeitsteilung und auf das menschliche Bedürfnis zurückführten.

XI.

Das Recht der Dajaks in Borneo.

Von

Josef Kohler[1].

§ 1.

Am Baritofluß herrschen entweder erbliche Häuptlinge oder das Oberhaupt wird von der Gemeinschaft gewählt. Die Herrschaft verpflanzt sich auf den ältesten Sohn, vorausgesetzt, daß er als tauglich erscheint. Sch. 167.

Außerdem hat sich hier eine Art von Adel entwickelt: das Fürstenhaus mit seinen Verwandten, — im Gegensatz zu den Landbewohnern (Orang Patan), welche dem Fürsten frohnden müssen, im übrigen aber frei sind. Sch. 165.

Auch am Kajanfluß besteht erbliches Häuptlingtum, das auch auf Frauen übergehen kann. Sch. 206.

Vom Sklaventum gilt in Nordborneo folgendes: Außer den Schuldsklaven, die aber nicht Sklaven, sondern Pfandlinge sind, gibt es eigentliche Sklaven, wohl hauptsächlich Kriegs-

---

[1]) In Betracht kommen:

Roth, Natives of Sarawak and British North Borneo (1896) I, II, — bloß mit Band und Seite zitiert;

Bock, Reise in Oost en Zuid Borneo (1887), — mit B. zitiert;

Veth, Borneo's Wester Afdeeling (1854, 1856) I, II, — mit V. zitiert;

Nieuwenhuis, Quer durch Borneo (1904, 1907) I, II — mit N. zitiert;

Schwaner, Borneo, nach den Auszügen bei Roth benutzt (zitiert Sch. 161 f. — statt der dortigen römischen Ziffern).

gefangene, sodann auch solche, die in der Jugend von ihren Eltern verkauft wurden; aber auch ihre Stellung ist eine sehr gemäßigte, namentlich können sie freigelassen werden. Die Freilassung geschieht dadurch, daß der Sklave als Bruder anerkannt und von dem Ortsoberhaupt mit einem Speer bewaffnet wird: dann ist jeder strafbar, der ihn weiter als Sklaven behandeln wollte. Diese Freilassung soll nicht verweigert werden, wenn die dem Sklavenpreis entsprechende Summe erlegt wird.

Außerdem gilt die Bestimmung, daß der Sklave nur mit seiner Genehmigung verkauft werden darf; dagegen hat der Herr ein Züchtigungsrecht, das sich aber in mäßigen Schranken halten soll; sodann kann der Herr, wenn der Sklave von einem Dritten verletzt wird, von dem Täter Genugtuung verlangen. In gewissen Gegenden darf der Verkauf nur gerichtlich geschehen.

Es gibt Sklaven und Halbsklaven. Die Halbsklaven sind nur zu einer vorübergehenden Arbeit in bestimmten Zeiten des Jahres verpflichtet, z. B. zweimal 12 Tage im Jahr.

Wenn der Herr mit der Sklavin Umgang hat, so wird sie von selbst frei: ein häufiger Grundsatz, denn man will nicht, daß eine Frau, die man liebt, als Sklavin weiter in das Eigentum anderer kommen kann; die Eifersucht kommt der Sklavin zu gute. II, S. 209 f., 212.

Am Baritofluß unterscheidet man die Kriegssklaven, die von auswärts gekauften Sklaven, welche vollständig rechtlos sind und insbesondere auch bei feierlichen Gelegenheiten geopfert werden. Im Gegensatz dazu stehen die Pfandlinge, Orang Budak, welche ihre Schuld abarbeiten, aber wenn sie bei ihrem Tode noch nicht vollständig erledigt ist, ihre Stellung auf die Abkömmlinge überwälzen. Sch. 165.

Auch in Mittelborneo (bei den Kajan, Bahau) unterscheidet man die Häuptlingsfamilie (hipui), die Freien (panjin) und die Sklaven (dipen). Vergl. N. I, S. 58 u. II, S. 95.

Die Sklaven sind hier Nachkommen von Kriegsgefangenen und gelten nicht als Sklaven eines einzelnen, sondern als Sklaven

des ganzen Stammes, dessen Häuptling die Arbeit zu gute kommt. Die Kinder dieser Sklaven sind zwar auch Sklaven, aber insofern in einer besseren Lage, als sie nicht verkauft und auch nicht geopfert werden dürfen.

Schuldsklaven soll es hier nicht geben. N. I, S. 59.

Auch in Mittelborneo geht die Häuptlingswürde auf die Erben über, doch ist der Erbgang nicht genau geregelt, sondern es wird je nach dem einzelnen Falle einer der Abkömmlinge oder Verwandten bestimmt. Oft aber ernennt der Häuptling seinen Nachfolger; mitunter kann diese Würde auch auf die Töchter übergehen, und die Häuptlingin genießt dann alle Rechte eines Häuptlings. So N. I, S. 59.

Am Baritofluß gibt es Priesterinnen, Bilians, welche die Zukunft voraussagen, Krankheiten heilen und die Verbindung mit der Gottheit aufrecht erhalten, außerdem durch Gesänge die Gesellschaften belustigen, aber auch geschlechtlich mit Männern verkehren; und zwar nicht selten in der Art, daß sie von dem einen unterhalten werden, der sie auch anderen gegen Zahlung einer Vergütung preisgibt. Sch. 174. So auch in Ostborneo B. 104.

§ 2.

Die Couvade ist in Nordborneo sehr stark entwickelt, in der Art, daß sowohl Frau als Mann sich gewisser Dinge enthalten muß, und zwar vor und nach der Geburt. Dies ist ein Zustand, ähnlich wie der Tabu (mali), doch etwas milder und darum penti genannt; er dauert so lange, bis das Kind die ersten Zähne hat. Wenn die Zeit da ist, wo die Frau in die Wochen kommt, so wird eine Zeremonie vorgenommen, bei welcher ein Huhn getötet wird und zwei Nächte hindurch Gesang und Heulen ertönt. Der penti besteht insbesondere darin, daß der Mann nicht mit einem scharfen Instrument hantieren, kein Tier töten, keinen Schuß abgeben, überhaupt nichts vornehmen darf, was einen gewaltsamen Charakter an sich trägt. Auch soll nichts gebunden werden, und als sehr schlimm gilt es,

wenn der Gurt eines Wasserträgers bricht. Ferner darf man nicht mit der Hand in ein Fenster hineinreichen, keinen Pfahl in die Erde schlagen und anderes. Es handelt sich also darum, zu vermeiden, daß durch irgend welche Gewaltsamkeiten oder Verwickelungen dem Kinde geschadet wird. Der penti wird verschärft nach der Geburt des Kindes, in welcher Zeit der Ehemann in der Diät sehr beschränkt ist, nicht in der Sonne gehen darf und anderes. Reis und Salz könnten bewirken, daß das Kind krank würde und sein Magen anschwölle.

Der ganze Sinn dieser Bestimmung ist offensichtlich: Das Kind steht in einem geheimnisvollen Zusammenhange mit den Eltern, und insbesondere auch mit dem Vater. Man glaubt z. B., daß, wenn ein Schmied mit dem Hammer hantiert, das Kind schreit und brüllt. I, S. 97 ff.).

So auch in Ostborneo: 3 Tage lang nach der Geburt darf der Vater kein Wasser trinken und 5 Monate lang nicht rauchen, keinen Betel kauen, kein Salz gebrauchen, mit niemanden speisen, mit keiner Frau umgehen. B. 98.

Auch in Mittelborneo finden sich die Couvadegebräuche in sehr hervorragendem Maße: Die Mutter darf keine Tiere töten, keine jungen Fische essen, sie muß verschiedene Arten von Früchten vermeiden, sie darf nicht während des Regens schlafen. Der Mann darf nicht auf die Jagd gehen, keine Pfähle einrammen, auch keine jungen Fische essen. Dies gilt vor der Geburt, aber auch eine Zeitlang nachher bis zur Namengebung des Kindes. Die Mutter darf ferner nichts Rotes tragen und der Vater soll sich nicht zu weit vom Hause entfernen. N. I, S. 69 u. 73.

Der Kindesmord ist in Nordborneo verbreitet. Mißbildete Kinder werden getötet; vor allem aber wird, wenn die Mutter stirbt, das Kind der Mutter mit ins Grab gegeben. Man legt ihm zur Last, daß es den Tod der Mutter veranlaßt habe. I, S. 100 ff.

Auch in Westborneo wird der Kindsmord geübt, und

zwar in der Art, daß, wenn der Vater vor der Geburt des Kindes schlecht träumt, dies als Grund betrachtet wird, das Kind wegzuschaffen. V. II, S. 267.

In Mittelborneo findet die erste Namengebung einen Monat nach der Geburt statt, die Hauptnamengebung aber am Neujahrsfest; dieser Name ist dann für das Kind in der Zukunft maßgebend. Die zweite Namengebung geschieht durch den Häuptling nach verschiedenen Zeremonien und Opfern.

Nach dem Tode erhält der Häuptling einen anderen Namen, — ein bekannter Brauch, weil man durch Nennung des Namens den Toten herbeizurufen fürchtet. N. I, S. 74 und 76.

In Mittelborneo findet sich auch die Jünglingsweihe, aber nicht als Beschneidung, sondern als Durchbohrung des Penis (N. I, S. 78), wobei ein Metallstift in dem Stichkanal belassen wird, so N. I, S. 78/79. Mädchen werden tätowiert und zwar in ausgedehntem Maße, Männer weniger. Die Penisdurchbohrung wird auch in Ostborneo erwähnt. B. 98.

§ 3.

Was die Ehe in Nordborneo betrifft, so gilt folgendes: Von Heiratszeremonien wird die Reisbeschüttung erwähnt. II, S. 166.

Ein anderer Brauch gilt als Blutvereinigung: es werden Hühner geschlachtet und die Stirn der Brautleute mit Blut besprengt. I, S. 114. Außerdem findet sich auch ein Analogon zu den 7 Schritten des indischen Rechts: die Hühner werden siebenmal herumgedreht. I, S. 109 u. 114.

Sodann treffen wir wie überall die veraltete Zeremonie des Frauenraubs. Die Brautleute haben die Reihe junger Leute zu durchlaufen, welche ihnen Gesicht und Körper zu schwärzen suchen, so daß sich hier ein Scheinkampf abspielt. I, S. 110.

Ferner gilt auch der alte Brauch, daß die Braut nicht in den Raum ihrer Schwiegermutter eintreten darf, sondern

von dieser oder von einer anderen weiblichen Verwandten hineingetragen wird. I, S. 112.

Endlich wird auch bemerkt, daß bei einigen Stämmen die Braut am Tage nach der Hochzeit nach Hause zurückkehrt und dann wieder geholt werden muß. (Die Blutsbesprengung wird auch in Ostborneo erwähnt. B. 96).

Die Ehe ist entweder eine Ehe nach Mutterrecht oder nach Vaterrecht. Wenn der Bräutigam der einzige Sohn der Familie ist oder wenn die Braut Brüder und Schwestern hat, dann folgt die Braut dem Bräutigam und die Ehe ist daher eine Vaterrechtsehe. I, S. 109.

In anderen Fällen kommt der Bräutigam in das Haus der Braut und wohnt dort als Familienmitglied, — dies bedeutet Mutterrechtsehe. I, S. 108.

Daß ein Preis bezahlt wird, ist I, S. 115, gesagt. Der Preis heißt brihan (Zahlung für das Weib) und besteht in einem gong und Tierstücken.

Die Art der Ehe ergibt sich besonders aus der Behandlung der Sklavenheiraten. Sklaven eines und desselben Herrn können sich ohne weiteres verheiraten und die Sache hat nichts weiter auf sich. Sklaven zweier Herren aber werden in folgender Weise behandelt: Der Herr der Sklavin hat ein Anrecht auf einen Frauenpreis (brihan). Ist der eine Ehegatte ein Freier und der andere ein Sklave, dann tritt Kinderverteilung ein, indem das erste Kind der Vater-, das zweite der Mutterseite zugesprochen wird. Ist der eine Teil Sklave, der andere Halbsklave, dann gehört das Kind zur Hälfte dem Herrn des einen und zur Hälfte dem Herrn des anderen, aber in der Art, daß der Loskauf von dem Herrn des Halbsklaven um eine geringere Summe erfolgt als von dem Herrn des Vollsklaven. Vergl. II, S. 209—214.

Auch von der verschämten Ehe finden sich Andeutungen; 7 Tage lang bleibt das neu verheiratete Paar in vollständiger Trennung von allen anderen. I, S. 109.

Mit Brautstand und Hochzeit hängt auch die schreckliche

Sitte der Kopfjagden zusammen. Der Jüngling gilt nur dann als bewährt, wenn er ein paar Leute umgebracht hat und ihre Köpfe herbeischaffen kann: nur dann ist ihm die Braut willfährig. Und wer einen Kopf erbeutet hat, kann sich eine entsprechende Tätowierungsmarke auf dem Arm anbringen. II, S. 159 u. 163. Die Köpfe werden dann präpariert, indem man ihnen Hirn und weiche Teile wegnimmt und sie hierauf am Feuer röstet. Der Gedanke ist nicht nur der, daß hiermit eine Probe des Mutes gegeben ist, vielmehr erlangt man eine gewisse Herrschaft über die Geisterwelt und der Täter nimmt etwas von der Kraft und Tapferkeit des Ermordeten an: daher auch der häufige Kannibalismus.

Am Baritofluß ist die Kinderverheiratung häufig; sie findet statt im Alter von 3 bis 5 Jahren. Doch bleiben die Kinder getrennt und treten erst mit dem Alter der Mannbarkeit zusammen. Im übrigen gilt meist Frauenkauf. Der Frauenpreis heißt belako und hängt von der Klasse, dem Wohlstande, der Schönheit und der Jugend der Braut ab. Außerdem hat der Bräutigam an die Geschwister und weiteren Verwandten Gaben zu spenden, sogenannten sapot. Auch den Großeltern der Frau hat er ein autup uwang zu zahlen, was aber nur eine geringe Summe ausmacht. Ebenso hat er zu den Hochzeitsfeierlichkeiten einen Beitrag zu leisten. Bei der Ehe wird auch die Ehescheidungssumme vereinbart, welche derjenige zu entrichten hat, der die Ehe in unangemessener Weise löst. Die 3 Tobiasnächte werden gewöhnlich ausgehalten.

Kann man mit den Eltern nicht in Uebereinstimmung kommen, so wird die Braut mit ihrer Einwilligung entführt.

Eigentümlich ist folgender Rechtssatz: Es ist möglich, daß ein Mann (wohl ein Verwandter?) zu den Eltern eintritt und unter Anbietung des Brautpreises die Tochter zur Ehe begehrt. Wollen sie nicht darauf eingehen, so müssen sie sich mit einem entsprechenden Preis lösen. Auch umgekehrt kann es vorkommen, daß ein Mann in das Haus eines Mädchens hinein geleitet wird und dann entweder heiraten oder sich durch eine Summe lösen muß. Sch. 179.

Trotz des erwähnten Frauenpreises ist es üblich, daß der Mann in das Haus der Frau einzieht und dort seinen Hausstand gründet. Sch. 181.

Auch in Westborneo finden sich Kinderverlobungen. V. II, S. 268.

Hier wird ebenfalls ein Frauenpreis bezahlt, der von dem Stand und Reichtum der Beteiligten abhängig, aber meistens gering ist. V. II, S. 268.

In gleicher Weise findet sich hier die Sitte, daß die Ehegatten mit Blut besprengt werden, ferner das beiderseitige Betelkauen. V. II, S. 268 ff.

In Mittelborneo treffen wir ebenfalls die Sitte der Kinderehe, doch seltener, und die Kajan glauben, daß dies den Geistern zuwider ist. N. I, S. 367 u. N. II, S. 98.

Sodann besteht auch hier der Brauch, daß die Eheleute zuerst in das Haus der Eltern der Frau gehen und erst nach einiger Zeit sich selbständig niederlassen. Letzteres geschieht etwa nach 3—4 Jahren. Nur wenn der Ehemann der einzige Sohn des Hauses ist, macht man eine Ausnahme. N. I, S. 85 u. 365.

Hier wird wie sonst ein Frauenpreis bezahlt. N. I, S. 86. Auch kommt das Abverdienen des Frauenpreises vor, namentlich wenn ein noch unreifes Mädchen verheiratet wird: dann tritt der Bräutigam oder einstweilige Ehemann in das Haus seiner Schwiegereltern ein und dient, bis das Mädchen heiratsfähig geworden ist. N. II, S. 98.

In Mittelborneo und sonst finden sich auch Bräuche, die an die 7 Schritte erinnern, doch statt der Zahl 7 gilt hier die Zahl 8. Beide gehen achtmal oder zweimal achtmal zum Flusse. N. I, S. 366.

In Ostborneo wird der Frauenpreis erwähnt: der Häuptling gibt seiner Braut zwei Sklaven. B. 96.

§ 4.

Am Baritofluß gilt der Satz, daß bei dem Tode eine Gütergemeinschaft in Bezug auf das erworbene Vermögen ein-

tritt: die eine Hälfte kommt an den überlebenden Ehegatten, die andere an die Erben des Verstorbenen; Erben sind die Kinder und in deren Ermangelung der Vater des Erblassers. Die Kinder bleiben häufig mit dem überlebenden Ehegatten in Gemeinschaft, in welchem Falle dieser das ganze Vermögen in seiner Hand behält. Im Falle einer zweiten Ehe kommen dann die Errungenschaften der zweiten Ehe an die Kinder dieser Ehe.

Hier gilt ferner bei der Ehescheidung folgendes: wenn das Weib im Recht ist, dann behält es den Frauenpreis und einen Teil des Vermögens, es bekommt außerdem von dem Manne noch eine angemessene Ehescheidungssumme; wenn dagegen das Weib schuldig ist, so verliert es den Frauenpreis und einen Teil des Vermögens, und es hat außerdem die Ehescheidungssumme zu bezahlen. Die Ehescheidung ist nicht außergerichtlich, vielmehr wird die Sache an den Rat gebracht, welcher prüft und erkennt. Sch. 182.

Auch in Mittelborneo tritt bei der Scheidung regelmäßig eine Scheidungsstrafe ein, sogar so, daß der sich Scheidende dem anderen sein ganzes Vermögen überlassen muß. N. I, S. 88 u. N. II, S. 99. Findet die Scheidung friedlich statt, so genügt es, wenn der Scheidende dem anderen eine Kleiderausstattung gibt (utok). N. I, S. 366. Vorher dürfen beide nicht wieder heiraten.

§ 5.

Am Baritofluß wird die Blutsbrüderschaft in der gewöhnlichen Weise abgeschlossen, indem man einem jeden der Blutsbrüder von der rechten Schulter Blut nimmt, worauf das Blut gemischt und unter Verwünschung gegen den Zuwiderhandelnden getrunken wird. Oder es wird auch ein Betelblatt mit dem Blut bestrichen und gegessen. Die Kinder der Blutsbrüder dürfen einander heiraten, ja häufig wird dies sofort ausgemacht. Sch. 189.

Am Baritofluß findet sich auch die Adoption und zwar in ähnlicher Form wie die Blutsbrüderschaft: durch Trinken des beiden Teilen entnommenen Blutes. Sch. 189.

§ 6.

In Nordborneo gilt folgendes: Der Tod eines Menschen hat einen gewissen Tabu zur Folge: während der Trauerfeierlichkeiten (7 Tage bei Männern, 3 bei Frauen, 1 bei Kindern) hütet man das Haus, schläft aber nicht in den Räumen des Verstorbenen, sondern in offener Veranda, und ein Wehklagen ertönt. Insbesondere hat die Frau während dieser Zeit zu trauern und zu jammern. Auch nachher nimmt man an, daß der Tote mit dem Diesseits in Verbindung steht: die Frau darf deswegen so lange nicht heiraten, bis der gawai antu vorbei ist. Nach einiger Zeit findet ein mehrtägiges Fest (eben der gawai antu) statt, was zu bedeuten hat, daß sie nun vollkommen von dem Toten gelöst wird. So I, S. 156 u. 207.

Dem Toten werden Spenden dargebracht (I, S. 209): man pflegt Sagobäume umzuhauen, damit sie dem Toten geweiht werden und der Tote daraus seinen Unterhalt nimmt. So I, S. 145. Auch sucht man dem Toten die Reise ins Jenseits zu erleichtern, indem ein Sänger ihm den Weg kundgibt. Außerdem werden ihm Nahrungsmittel in ein kleines Boot gelegt, welches man dann flußabwärts fahren läßt (I. S. 144 u. 160). Sodann wird einige Tage nach dem Tode ein Feuer gemacht, damit ihm dieses auf dem Wege in das Jenseits diene (I, S. 205). Selbst der allgemeine Brauch, daß man am Orte, wo eine Person ermordet worden ist, einen Steinhaufen errichtet, und ein jeder einen Stein hinzuwirft, findet sich I, S. 358: man fürchtet, daß sonst die Geister des Verstorbenen die Ueberlebenden belästigen.

Daß das Kopfschnellen vielfach die Bedeutung hat, dem Toten dienende Gesellen ins Jenseits zu senden, bedarf kaum der Ausführung; es ist auch für die Dajaks sicher. Vgl. bezüglich der Westdayaks V. 272.

Am Baritofluß gilt die Erbfolge nach Vaterrecht. Hierbei erben sämtliche Kinder gleichmäßig, und zwar Söhne und Töchter. Sch. 182. Vgl. bezüglich Nordborneo I, S. 419.

§ 7.

Das Eigentum am Grund und Boden ist in Nordborneo in voller Entwicklung begriffen. Zwar ist viel mehr Grund und Boden da, als Bedarf vorhanden ist, allein man fühlt schon den Vorteil, ein Stück Boden in der Nähe des bewohnten Gebietes zu haben. I, S. 419. Daher kommt es, daß bereits in der Nähe der Dorfschaften das Land ausgeteilt ist, und ferner, daß Liegenschaften verkauft werden: es wird dann eben der Vorteil der Lage bezahlt. Und so ist es nicht unerhört, daß jemand 3 oder 4 Stücke Feld besitzt.

Das Land kommt auch in Erbgang, und die Kinder teilen ohne Rücksicht auf Alter und Geschlecht. I, S. 419. Ja, es kann nicht nur verkauft, sondern auch verpachtet werden, der Pachtzins aber soll eine bestimmte Höhe nicht überschreiten. I, S. 420. In einigen Gegenden findet sich allerdings noch der Landkommunismus, z. B. bezüglich der Reisfelder. I, S. 420.

Am Baritofluß hat sich das Eigentum am Grund und Boden noch nicht entwickelt. Man wandert alle paar Jahre in voller Gemeinschaft aus, teils aus Furcht vor Feinden, teils auch weil der Boden nicht mehr genügend ertragsfähig ist.

Das zeitweilig von der Gemeinschaft in Anspruch genommene Land ist Gemeinland, kann aber den einzelnen Familien einstweilen zugewiesen werden. Wenn der Stamm das Gebiet verläßt, wird auch das Land wieder frei. Sch. 166 f.

In einigen Gegenden hat sich der Adel des Bodens bemächtigt, so am Katinganfluß. Sch. 206.

Die Entwicklung zeigt sich deutlich in Mittelborneo: das Gemeingut gehört dem Stamm, der eifersüchtig über sein Gebiet wacht, solange er seinen Sitz nicht anderwärts aufschlägt. Der einzelne kann ein Stück Land bebauen und hat dann das Vorrecht. An verschiedenen Orten werden auch schon Landstücke verpachtet und vertauscht. N. I, 159.

§ 8.

Schuldhaft ist allgemein üblich, so auch in Nordborneo: der Schuldner tritt mit seiner Familie in den Haushalt des Gläubigers ein und arbeitet dort. Dies gilt für den Vertrags- wie für den Deliktschuldner, es gilt für den Schuldner, der von sich aus schuldet, wie für den, der die Schuld geerbt hat. Der Schuldner wird auf diese Weise Pfandling und kann jederzeit ausgelöst werden, II, S. 29 u. 210. Eine Leistung des Pfandlings kann auch darin bestehen, daß er als Ruderer oder Segler eintritt. Oftmals ist die Summe bestimmt, welche täglich abgearbeitet wird.

Am Baritofluß gilt für die Pfandlinge noch folgendes:

Die ursprüngliche Schuld wird vermehrt durch das, was der Pfandling verdirbt, aber auch durch die Geburt eines Kindes, weil dieses dem Gläubiger zur Last fällt: die Vermehrung gilt darum auf solange, bis das Kind arbeitsfähig ist. Dagegen wird die Schuld nicht durch Zinsen vergrößert (denn dafür gilt ja die Arbeit des Pfandlings). Vermindert wird sie aber in der Art, daß $^1/_{10}$ des vom Schuldner Verdienten am Kapital abgezogen wird. Ebenso kommt die Nachtarbeit in Abzug und verschiedenes andere, so daß auf solche Weise die Schuld allmählich gemindert oder völlig getilgt wird. Allerdings kommt beim Auskauf des Schuldners noch verschiedenes in Betracht: er hat dem Freilasser einige Geschenke zu geben, also die Freilassungserklärung auf solche Weise noch durch eine Gabe zu vergüten, ein Tier für die Schutzgeister des Hauses zu schlachten und anderes mehr. Im übrigen kann er den Herrn wechseln, wenn ein anderer ihn auslöst; und wenn er wegen schlechter Behandlung entflieht, so hat der neue Herr nur die Hälfte seiner Haftung zu bezahlen. Sch. 184.

§ 9.

Der Handel befindet sich auf der Stufe des Wanderhandels mit Verweilen des Wanderhändlers, wobei ihm Wohnung und

Unterkunft gewährt wird. Dies ist die Entwicklungsstufe, auf welcher der Ausländer, der mit Waren kommt, eines Asylfreundes bedarf, der ihm dann auch zu teil wird. Der Preis der Ware, der in Naturprodukten besteht, wird in den Tagen zusammengebracht, in denen sich der Händler an Ort und Stelle aufhält. Geld ist erst in neuerer Zeit eingeführt worden. So II, S. 231 und 232.

Am Kajanfluß findet sich auch noch der Brauch, daß die Handelsleute als Ausländer eine Summe zahlen müssen für Opferung an die Götter, damit diese ihre Huld nicht dem Inlande abwenden und die Fremden begünstigen. Sch. 207.

Am Baritofluß werden 50 % Zinsen gegeben, doch sollen von den Zinsen nicht wieder Zinsen laufen, — eine Bestimmung, die jedoch infolge des Einflusses der Chinesen abkommt. Der Getreidewucher ist sehr in Uebung; auch hier gilt der Brauch, daß die Frucht zur Zeit des Darlehens und zur Zeit der Ernte in Geld geschätzt wird und daß dann dieselbe Geldsumme, in Frucht verwandelt, zurückbezahlt werden muß, Sch. 185: natürlich repräsentiert die Geldsumme zur Zeit der Ernte eine viel größere Getreidemenge, als zur Zeit der Aussaat.

§ 10.

Am Baritofluß besteht bei der Prozeßführung die Uebung, daß gleich bei Beginn eine Prozeßsumme erlegt werden muß; sie beträgt das Doppelte des streitigen Gegenstandes, und wer den Prozeß verliert, hat dieses Duplum an den Gegner verwirkt: dieses Duplum heißt gadai. Außerdem wird eine Summe, das dendawali, ausgesetzt, welche der Verlierende an das Gericht zu zahlen hat. Sch. 169. Also summa sponsionis und summa sacramenti.

Das Gottesurteil ist in voller Uebung. So in Nordborneo: Das Hauptordal ist das Untertauchen ins Wasser; hierbei werden die nötigen Vorsichtsmaßregeln angewendet, damit nicht Schwierigkeiten in ungeeigneter Weise die Sache verderben. Es wird eine Art von hölzernem Rost auf dem Boden des Flusses

befestigt, sodann ein Pfahl eingerammt, an den sich der dem Gottesurteil Unterworfene anklammern kann, und Freunde stehen dabei, welche, wenn er sich erheben will, ihn wieder herunterdrücken; bis der Unglückliche ohnmächtig an das Ufer getragen werden muß, wo die nötigen Vorkehrungen getroffen werden, um ihn wieder zum frischen Leben zu erwecken; so I, S. 236 u. 238. Wie gewöhnlich, wird vorher die Gerechtigkeit angerufen, und für den Fall des Unterliegens wird schon die nötige Summe bereit gelegt. Interessant ist es, daß eine jede Partei des Gottesurteils einen Stellvertreter ernennen kann, insbesondere pflegen die Frauen sich stets vertreten zu lassen, I, S. 236. Außerdem wird auch der Kesselfang erwähnt, d. h. das Hineintauchen des Armes in ein Gefäß sprudelnden Wassers, I, S. 237; ferner das Salzurteil: es werden zwei Stücke Salz in das Wasser gelegt und das Stück, das zuerst verschwindet, gibt seiner Partei unrecht; ferner das Lichturteil, indem einem jeden eine kleine Wachskerze in die Hand gesteckt wird, welche beide zugleich angezündet werden: der, dessen Kerze zuerst erlischt, ist im Unrecht, I, S. 235.

Die Ordalien am Baritofluß sind das Wasserordal in der gewöhnlichen Weise, sodann das Münzordal, indem eine kleine und eine große Münze, mit Wachs überzogen, in ein Gefäß gelegt werden: der Gewinnende ist derjenige, der die größere Münze herauszieht; sodann das verbreitete Hühnerordal: zwei Hühner werden getötet, und derjenige verliert, dessen Huhn zuerst verendet. Außerdem gibt es noch Wettlauf und Zweikampf, aber in der Art, daß die beiden Teile in Verschläge eingeschlossen werden und von da aus aufeinander einschlagen.

In wichtigeren Strafsachen ist das Feuerordal üblich, indem der Angeklagte den Zeigefinger der rechten Hand in eine heiße Masse hineinsteckt; ebenso der Kesselfang in der üblichen Weise. Auch der Verfluchungseid ist gebräuchlich: der Angeklagte wird mit Reis bestreut und schwört bis auf die siebente Generation die Strafe herab für den Fall, daß er im Unrecht ist. Dazu kommen die symbolischen Handlungen: der

Schwörende wirft einen Stein ins Wasser und schneidet ein Stück Rotang ab — als Abzeichen des Unheils, das ihm widerfahren werde. Sch. 188.

Auch in Mittelborneo werden die Streitigkeiten durch Gerichte ausgetragen, und zwar gelangen sie zunächst an den Häuptling, welcher aber in allen schwierigeren Fällen Urteilssprecher (mantri) hinzuzieht. N. I, S. 60.

§ 11.

Ueber die Blutrache bei den Dajaks in Westborneo wird berichtet, daß sie nicht nur den Täter, sondern auch die Familienmitglieder treffe. Vgl. auch Veth II, S. 283 und die dort Erwähnten.

Auch am Baritofluß besteht die Blutrache, aber sie ist abkäuflich durch die Komposition, das sogenannte Balai. Eine Verpflichtung, die Komposition anzunehmen, wird aber nicht durchweg anerkannt. Sch. 186.

Die Hauptstrafen am Baritofluß sind Geldstrafen. Insbesondere wird auch Straßenraub mit dem doppelten des geraubten Gutes gesühnt, wozu noch verschiedene andere Leistungen kommen.

Ehebruch wird mit Geld geahndet, doch kann der auf frischer Tat ertappte Ehebrecher auch getötet werden. Ein Budak, der mit dem Weibe eines Freien Ehebruch treibt, wird getötet, während umgekehrt ein Freier, der mit dem Weibe eines Budak Ehebruch treibt, einfach den Budak und seine Familie auszulösen hat. Auch Brandstiftung wird mit dem doppelten Wert bezahlt. Sch. 186.

Bei den Dajaks in Mittelborneo gibt es gleichfalls Geldstrafen, welche teilweise an den Geschädigten, teilweise an den Häuptling fallen. Auch Mord kann durch Geld ausgeglichen werden, und die Blutrache wird nur dann ausgeübt, wenn die Komposition nicht bezahlt wird; sie trifft aber nicht nur den Schuldigen, sondern auch seine Stammesgenossen. Bei Mord mehrerer Personen pflegt man den Täter zu töten oder auch einzusperren. N. I, S. 61.

Auch auf Ehebruch ist Geldstrafe gesetzt, doch kann der betrogene Ehemann die Schuldigen töten, wenn er sie bei der Tat überrascht. N. I, S. 62.

Bei manchen Stämmen wird allerdings angenommen, daß der Ehebruch nicht nur den betrogenen Ehegatten, sondern auch die Götter beleidige: deshalb finden hier verschiedene Gebräuche statt, um die Götter zu versöhnen, welche sich sonst an dem ganzen Stamme rächen würden. Man setzt auch die Schuldigen aus, indem man sie auf eine Geröllbank im Fluß bringt oder auch auf einem Floß abwärts treiben läßt; doch können sie sich regelmäßig durch Schwimmen retten. N. I, S. 367.

§ 12.

Am Baritofluß ist Uebung, daß bei Friedensschluß zwei Sklaven getötet werden, wodurch der Frieden besiegelt und zugleich die Seelen der getöteten Krieger beruhigt werden sollen. Dabei findet sich auch der Brauch, daß beide Teile eine Axt halten, deren Handgriff durch einen anderen entzweigeschlagen wird; das gleiche kann auch mit einem Rotang geschehen: es bedeutet natürlich, daß, wer den Frieden bricht, in ähnlicher Weise untergehen soll. Sch. 188.

Schluß.

Aus dem obigen ergibt sich, daß die Dajakstämme in manchen Beziehungen auf verschiedenen Stufen der Entwicklung stehen, namentlich was die Idee des Grundstückseigentums betrifft, welche sich nur bei einigen Stämmen entwickelt hat. Auch scheint das Kopfschnellen bei manchen Stämmen außer Uebung gekommen zu sein, während die grausige Sitte bei anderen noch in furchtbarer Weise wütet.

Im großen ganzen aber ist die Entwicklung eine einheitliche: sie sind alle zum Vaterrecht übergegangen, aber mit gewissen Reminiszenzen an das Mutterrecht, so namentlich in der Art, daß die Brautleute nach der Ehe zuerst in die Mutter-

familie eintreten; und auch das scheint vorzukommen, daß die Kinder der Mutterfamilie angehören, wenn man ihrer bedarf, um diese Familie zu erhalten. Aber auch die Kinderverteilung zwischen beiden Familien ist nicht unerhört.

Die Entwicklung ist noch weiter gediehen und hat insbesondere ein starkes Häuptlingtum und einen um das Häuptlingtum sich gruppierenden Adel hervorgerufen. Damit ist von selber verbunden 1. die Mäßigung der Blutrache, 2. ein staatliches Strafrecht mit vorwiegender Geldbuße und 3. ein staatlich entwickelter Prozeß, bei welchem allerdings noch das Gottesurteil eine Hauptrolle spielt.

Die animistischen Vorstellungen sind überhaupt noch in voller Blüte; sie zeigen sich in der Couvade, im Tabu, in der Vorstellung über das Jenseits, in den Trauerfeierlichkeiten; sie haben das Rechtsleben in der mannigfaltigsten Weise beeinflußt.

Was endlich die Behandlung des Ausländers betrifft, so läßt sich (oben S. 311) noch deutlich die Idee erkennen, welche die Völker vielfach zu ihren Grausamkeiten geführt hat: man fürchtet, daß der Fremde das Interesse der Götter ablenke oder doch teile und dadurch die Eingebornen schädige. Darum tötet man ihn.

Literatur.

1. Kurze Anzeige

von **H. F. Hitzig.**

Adolf Hecker, Die Adoption im geltenden Recht als Produkt der historischen Entwicklung. (Leipzig, Gustav Fock, G. m. b. H. 1903. 162 S.)

Verfasser gibt nach einem kurzen geschichtlichen Ueberblick eine Darstellung des Rechtsinstituts der Adoption im römischen, deutschen, preußischen, französischen, österreichischen und sächsischen Recht und im B.G.B. Besprochen werden in vier Kapiteln: Voraussetzungen, Form, Wirkung, Aufhebung; in jedem dieser vier Kapitel werden die erwähnten sieben Rechte eines nach dem anderen abgehandelt. Diese Anordnung nötigt zu mancherlei Wiederholung und läßt überdies die Eigenart der einzelnen Kodifikationen nicht deutlich genug heraustreten; Verfasser hat es leider auch unterlassen, in einer zusammenfassenden Erörterung ein Bild von der Tendenz der neueren Rechtsentwicklung zu geben. Die geschichtlichen Erörterungen bringen nichts Neues; dankenswert sind die Mitteilungen über die Motive, aus denen bei Erlaß der einzelnen Kodifikationen die Adoption beibehalten oder neu eingeführt wurde. Erwünscht wäre für eine vergleichende Darstellung des Adoptionsrechts eine statistische Auskunft über die Häufigkeit des tatsächlichen Vorkommens der Erscheinung. Aus den Einzelerörterungen des Verfassers sei hervorgehoben, daß er in der vielumstrittenen Frage der Adoption unehelicher Kinder durch die Mutter sich für die Zulässigkeit der Adoption ausspricht.

2. Kurze Besprechungen

von **Josef Kohler.**

Oetker, Friedrich, Das Verfahren vor den Schwur- und den Schöffengerichten (Leipzig 1907, Duncker & Humblot),

behandelt zum ersten Male in durchgreifend konstruktiver Weise die Probleme des heutigen Schwur- und Schöffengerichtsverfahrens

und sucht den Strafprozeß auf die Höhe zu bringen, auf der heutzutage schon der Zivilprozeß steht. Einer weiteren Empfehlung des vortrefflichen Werkes bedarf es nicht. Auch

Feddersen, Das Schwurgericht (Liebmann, Berlin),

bespricht unter sorgfältiger Benutzung der Rechtssprechung die Probleme des Schwurgerichts und sucht vor allem die Lehre der Fragestellung an die Geschworenen in eingehender Weise zu entwickeln. Die Schrift ist schätzenswert, obgleich gerade die Lehre von der Fragestellung an die Geschworenen zur Scholastik des Rechts gehört, die von selber schwinden wird, wenn das Verhältnis zwischen Gericht und Geschworenen seine natürliche Gestaltung gefunden hat.

Richard Lasch, Der Eid.

Der Eid gehört zu denjenigen Elementen des Rechtes, welche tief in das Gebiet der Religionswissenschaft und der Soziologie hineinreichen, also auf Beziehungen beruhen, die außerhalb des Rechtes und im Gebiete der allgemeinen Kultur stehen. Es ist gewiß nicht Sache der Rechtswissenschaft, in solchen Fällen die Kulturgeschichte zurückzuweisen und der Motive zu entraten, welche ein solches Rechtsinstitut aus allgemeinen Kulturideen hervorgerufen haben. Nur das muß gegenüber der Kulturgeschichte und Soziologie hervorgehoben werden, daß, soweit es sich um den Eid als ein rechtlich entwickeltes Institut handelt, er als rechtliches Institut erkannt und in seiner Wirksamkeit, als Faktor des Rechtslebens, behandelt werden muß: dann wird die Frage eine juristische Frage, und sie kann nur unter Berücksichtigung aller rechtlichen Elemente erfaßt werden. Wenn also z. B. der Eid zur Entscheidung im Prozeß, oder als Bestärkungsmittel von Verträgen verwendet wird, so muß sein Einfluß auf das Prozeß- und Vertragsrecht erörtert werden, und das ist nur möglich von der juristischen Erkenntnis dieser Institute aus. Auch hier müssen die Wissenschaften in geschwisterlicher freier Arbeit zusammenwirken, und keine darf der anderen entraten, keine die Hilfe der anderen verschmähen.

Die vorliegende Darstellung des Eidesrechtes erfaßt zunächst den Eid als Versprechenseid und geht dann auf den Bekräftigungseid über; sodann handelt sie teils über juristische Dinge, wie z. B.

über das Verhältnis von Eid und Gottesurteil, teils über soziologische Erscheinungen, namentlich über die Gegenstände, bei denen der Eid geleistet wird, über die Symbole, welche die verfluchende Wirkung des Eides zur Darstellung bringen sollen, und vor allem über das Verhältnis zwischen Eid und Zauberform.

In letzterer Beziehung ist es richtig, daß einem bewußten Animismus ein unbewußter vorhergegangen ist, indem zunächst die Zauberwirkung einer Sache oder Handlung nicht mit einem System von Geistern und Geisterbetätigungen in Verbindung gebracht wird, sondern der Glaube herrscht, daß auf eine Handlung ohne weiteres eine bestimmte Wirkung, auf die Berührung eines Gegenstandes ein bestimmtes Ereignis folgt. Dies darf aber nicht grundsätzlich vom Animismus unterschieden werden, sondern es ist eben nur eine naive unbewußte Form desselben. Der Mensch kommt noch nicht zur Abstraktion, derartige Zauberwirkungen zu einem Ganzen zusammenzufassen und unter eine bestimmte Gattung zu bringen; er kommt überhaupt nicht dazu, ein Geistiges von dem Natürlichen zu unterscheiden, — welcher Unterschied ein starkes Denkvermögen voraussetzt. Und doch ist dieses ganze Gefühlsleben nichts anderes, als ein unbewußter Ausdruck dessen, was sich später als religiös herausringt, sobald die Einzelheiten zu einem Ganzen vereint und das System des Naturwaltens dem System des Geisterwaltens entgegengesetzt wird. Der Spiritualismus ist ein wichtiges Stadium in der Geschichte der Religion; allein er ist nicht die einzige Art, wie die religiösen Ideen zum Vorschein gelangen. Wenn daher Eidesformeln in der Art bestehen, daß mit dem Aussprechen eines Wortes oder mit der Berührung eines Gegenstandes ohne weiteres ein mystischer Erfolg eintritt, oder daß bei dem Auflösen von Salz das Leben des anderen schwindet, oder daß die Nennung des Namens einer Person Leiden und Gefahren bringt, oder daß Essen und Trinken der Persönlichkeit eine Zauberwirkung verleiht: so sind das alles bereits tief religiöse Vorstellungen, die aber noch nicht zu einem spiritualistischen Ganzen vereinigt sind, weil die waltenden Mächte noch in der Natur gebunden erscheinen und noch nicht als eine über der Natur schwebende Geisterwelt gedacht werden.

Hejcl, Das alttestamentarische Zinsverbot. (Freiburg, Herder Verl.)

Eine belehrende Darstellung der Zinsverhältnisse im semitischen

Morgenlande, welche namentlich dahin abzielt, gerade im Zinswesen darzulegen, daß Israel von Babylon nicht so abhängig war, wie man es vielfach vermeint. In der Tat ist, wie schon mehrfach nachgewiesen, das israelitische Recht mit dem babylonischen nur insofern verwandt, als es aus der Wurzel des semitischen Rechts entstammt; es hat sich aber selbständig entwickelt mit Rücksicht auf die völlig anders gestalteten wirtschaftlichen Verhältnisse Israels, und die Beziehungen zu Babylon haben nur insofern zu Entlehnungen geführt, als Israel auch sonst gewisse Lebensverhältnisse dem Beispiel des großen Kulturvolkes entnommen hat. Aber gerade das ungeheure Geldwesen Babylons blieb Israel fremd.

Dr. jur. G. A. E. Bogeng, Erwerbsbeschränkungen juristischer Personen.

Enthält außerordentlich gründliche und sachkundige Erörterungen.

Dr. K. Jowanowitsch, Belgrad, Die Heimstätte oder die Unangreifbarkeit des ländlichen Grundbesitzes.

Der Verfasser handelt gründlich über das Heimstättenrecht und sucht darzulegen, daß die Erwartungen, die man von dieser Institution hegt, zum großen Teil trügerisch sind. Von besonderer Bedeutung ist die Darstellung dieser Einrichtung im Rechte der Balkanländer, bezüglich welcher vielfach unrichtige Ansichten verbreitet waren.

Schiffner, Erbrechtsreform in der Novelle zum Oesterreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch (1908).

Man ist in Oesterreich gegenwärtig beschäftigt, das Bürgerliche Gesetzbuch umzuarbeiten und unter Aufrechterhaltung seines wesentlichen Charakters den modernen Ideen anzupassen. Ueber die Vorschläge, welche zur Abänderung im Gebiete des Erbrechts gemacht wurden, handelt der Verfasser. Hervorzuheben ist, daß der Entwurf das Verwandtenerbrecht auf vier Linien beschränkt — auch dieses ist noch viel zu viel. Sodann hat man den unehelichen Kindern damit einige Gerechtigkeit widerfahren lassen, daß man sie, den mütterlichen Verwandten gegenüber, wie eheliche behandelt, wodurch eine der größten Unbilligkeiten des österreichischen Gesetzbuches gemildert werden soll.

Dr. phil. Johannes Ziemßen, Stuttgart, Ueber die dispositive Natur von Verzicht und Anerkenntnis im Zivilprozeß.

Der Verfasser handelt über die Probleme von Anerkenntnis und Verzicht in gründlicher Weise. Nicht sehr gefördert wird allerdings die Darstellung durch die verkehrte Vorstellung vom Rechtsschutzanspruch, welche unrichtige Theorie dazu geführt hat, alles mögliche durcheinander zu mischen und unter dem Titel von der Schutzfähigkeit und von Rechtsschutzvoraussetzungen die verschiedensten Dinge zusammenzuschweißen; so wirft man die prozessualischen Bedingnisse und die materiellen Erfordernisse des Anspruchs zusammen, und dies ist vom Uebel. Hierüber ist anderwärts zu handeln.

3. Besprechung

von **Georg Cohn.**

Meyers großes Konversationslexikon, 6. Aufl., Bd. XIX u. XX (Leipzig/Wien, Bibliogr. Inst.) 1908.

Das in Bd. XVII, XIX u. XXI dieser Zeitschrift wiederholt angezeigte große Werk ist nunmehr glücklich zu Ende geführt. Alle Vorzüge der früheren 18 Bände finden sich auch in diesen beiden Schlußbänden. Freilich sind die früheren Vorbehalte auch hier geltend zu machen. Wir vermissen beispielsweise Artikel über Tanette, Tarwad, Tiyars, Tschokotl, Ukib, Upondlo, Urans, Vandanagara, Virschaere, Wachtang, Wakikuyu, Wanika, Zánaka, Zázaláva u. a. m. — Hoffentlich wird der in Aussicht gestellte Ergänzungsband auch den Wünschen der vergleichenden Rechtswissenschaft nach größerer Berücksichtigung der außerdeutschen Rechte und nach vollständigeren Mitteilungen über die exotischen Volksstämme gerecht! — Im Artikel Solms (Bd. XVIII) ist die wichtige Solmser Gerichts- und Landesordnung von 1571 ganz unerwähnt geblieben.

XII.

Studien aus dem Rechtsleben in Kurdistan.

Von

Mirza Muhammed Djewad al-Kazi,

herausgegeben von Herbert Mueller, Halensee-Berlin.

Vorbemerkung.

Der Verfasser der nachfolgenden Aufzeichnungen ist aus der persischen Provinz Azerbaidschan gebürtig und entstammt einer alten angesehenen Kurdenfamilie aus der Gegend Mukri (südlich des Urmiahsees). Wie auch der Name der Familie (al-Kazi = der Richter) schon andeutet, kann man die Beschäftigung mit der Rechtswissenschaft in ihr fast erblich nennen. Wie seine Vorfahren und viele andere seiner sonstigen Familienmitglieder hat auch Mirza Djewad Kazi das übliche theologisch-juristische Studium des Islam, und zwar das der sunnitischen Schule, in Westpersien durchgemacht und hat den Rang eines Mullah, der die Würde eines mohammedanischen Priesters mit der Qualifikation zum Richter vereinigt. Durch Abstammung und Erziehung, wie durch seine Kenntnis der deutschen Sprache erscheint Mirza Djewad Kazi gleich trefflich geeignet, gerade über die Rechtsverhältnisse bei seinem Volke zuverlässige Auskunft zu geben. Auf eine Anregung von mir hin erklärte er sich auch in dankenswerter Weise bereit, nach einem von mir aufgestellten Schema einiges aus dem Rechtsleben in Kurdistan niederzuschreiben. Ich habe das Manuskript sodann nochmals mit Mirza Djewad Kazi durchgesprochen, es grammatikalisch und stilistisch, nur soweit es unumgänglich notwendig schien,

verbessert und den Versuch gemacht, wenigstens noch die wichtigsten Werke der europäischen Literatur zum Vergleiche heranzuziehen. Eine Vollständigkeit darin war nicht erstrebt und mir auch nicht möglich.

In einem einleitenden Abschnitte beschäftigen wir uns zunächst mit der ethnischen, historischen und politischen Stellung der Kurden, wie mit dem Charakter ihres Rechtslebens im allgemeinen, und gehen dann zu einer Schilderung der Stellung der Kurden im türkischen bezw. persischen Staatsleben über, einem Thema, das gerade jetzt von höchstem Interesse ist. Hierauf sollen nach einer eingehenden Darstellung des islamitischen Rechtsstudiums in Westpersien ausgewählte Abschnitte aus dem Koranrechte in westpersischer Praxis und aus dem kurdischen Gewohnheitsrechte folgen, beides Gebiete, die heute wohl noch unbekannt zu nennen sind. H. M.

Allgemeines.

§ 1.

Wohnsitze der Kurden.

Die Kurden[1]) bewohnen, teils als Städter, teils als ansässige Bauern, teils auch noch als Nomaden, die westlichen Provinzen von Persien und die angrenzenden Gebiete der Türkei und Rußlands, zum Teil stark mit Armeniern, Türken, Persern und anderen Völkern untermischt. Man bezeichnet ihr gesamtes Gebiet wohl auch zusammenfassend mit dem Namen Kurdistan, ohne daß aber politische, geographische oder selbst ethnische Grenzen dafür genannt werden können. Es empfiehlt sich darum, auf diese ideelle Bezeichnung im allgemeinen zu ver-

---

[1]) Der Name „Kurden“ kommt von dem altpersischen Worte „Gurd“, das soviel wie Recke bedeutet. Da die arabische Schrift keinen entsprechenden Buchstaben für g hat, wurde der Name mit Kaf geschrieben; daher die jetzige Aussprache „Kurd“. Die alten Griechen haben die phonetisch richtigere Schreibweise in ihrem Γορδυαιοι resp. Γορδοι.

zichten. Wir betrachten die Verbreitung der Kurden demgemäß auf Grund der augenblicklichen politischen Verhältnisse, deren Aenderung man aber bereits fühlen kann.

In Persien haben wir drei Hauptgruppen von Kurden zu unterscheiden. Am südlichsten wohnen die sogenannten Luren, die meist von den europäischen Schriftstellern von den Kurden getrennt werden, aber doch mit diesen in einem so engen Verhältnis stehen, daß man sie besser als einen Teil der kurdischen Bevölkerung ansieht, zumal sie sich selber als solchen fühlen [2]). Rechnet man diese Luren mit den eigentlichen Kurden bis etwa zum Talvantu-Dagh im Norden als südliche Kurden, so kann man als ihre Wohnsitze die Provinzen Luristan und Ardilan, von Persisch-Arabustan im Süden die türkische Grenze entlang, bezeichnen. Die Hauptstädte dieses Gebietes sind Kirmanschah, Sohab und Sinna. Die bedeutendsten kurdischen Stämme dieser Gegend sind die Kalhur, Lur, Bahtiari u. a. m. [3]). Die nordpersischen Kurden haben ihr Zentrum südlich des Urmiahsees in der bedeutenden Provinz Azerbaidjan. Von größeren Orten sind zu nennen: Saudjbulak, Serdeschd, Saqas (Sakkys). Unter den Stämmen dieser Gegend sind besonders stark und bekannt folgende: Lek, Tilaku, Mundami, Mangur, Mamasch, Pieran, Schkak. Von diesem letzteren tapferen [4]) Stamm wurde der Häuptling Dja'far Agha im Jahre 1906 in Täbris durch Verrat im Palaste des Gouverneurs Nisam Sal-

---

[2]) Lord Curzon, Persia and the Persian Question (London 1892), vol. 2, p. 273 f. meint allerdings, die Luren empfänden es als eine Beleidigung, zu den Kurden gerechnet zu werden. Die ganz abwegigen Hypothesen, daß die Luren Türken oder Semiten seien, weist auch Lord Curzon l. c. ab.

[3]) Diese Stämme haben einen z. T. ganz erheblichen Umfang. Der Stamm Bahtiari ist, abgesehen von seiner Größe, auch darum von besonderer politischer Bedeutung, weil sein Häuptling Husein Kuli Khan Abulkader Sardarti-Puschtkuh Schwiegervater des Kronprätendenten Salar-ed-Dowleh ist. H. Brugsch, Reise nach Persien 1860—61 (Leipzig 1862/63), vol. II, p. 496, sagt, die Bahtiari umfaßten 100 000 Familien.

[4]) Noted robbers! nach Lord Curzon l. c. vol. 1, p. 555.

taneh (jetzt Großminister und Vorsitzender des Kabinetts in Teheran) getötet. Zwei seiner Diener entflohen durch die ganze Stadt, ohne daß einer der zahlreichen Soldaten wagte, sie anzurühren. Diese Stämme haben für die Politik des Tages durch den persisch-türkischen Grenzkonflikt eine hervorragende Bedeutung erlangt. Ohne ihre günstige Haltung, insbesondere des Häuptlings Bais Agha vom Stamme Manggur, wäre es den Türken niemals geglückt, die Gegend Ladjan (und Urmiah selbst) zu besetzen, wie sie es 1906—1907 getan haben. Weit entfernt von diesen Hauptsitzen der Kurden im westlichen Persien hat der Schah Abbas (1582—1627) und hat nach ihm Nadir-Schah (1736—1747) eine Anzahl von ihnen in den nördlichen Teilen der östlichen Provinz Chorasan, am Rande des Elburz-Gebirges besonders, angesiedelt.

In der Türkei erstreckt sich das kurdische Land von der persischen Grenze nach Westen bis nach Mesopotamien und weiter hinein nach Kleinasien, im Süden bis Bagdad und wieder zur persischen Grenze. Die Gegenden, in denen die Kurden besonders vertreten sind, liegen im Vilayet Mossul und Bagdad, es sind Hak'ari, Bitlis, Erbil (Arbela), Ko, Rauandis, Sulaimanieh u. a. Von wichtigen Stämmen sind zu nennen: Choschnah, Ako, Nureddini, Pischderi.

In Rußland wohnen am Südabhange des Kaukasus ebenfalls welche Kurden, sie bilden aber dort keine einheitliche und von der anderen Bevölkerung streng unterschiedene Masse. Politisch sind sie, ohne Rückhalt an ihren Stammesgenossen, vorläufig wohl bedeutungslos, können aber bei weiterem Anwachsen des kurdischen Nationalgefühles vielleicht noch Bedeutung gewinnen und Rußland das Halten dieses Stückes alten persischen Landes wohl erschweren.

Ueber die Zahl der Kurden läßt sich nichts Genaues geben; denn in Persien wie in der Türkei gibt es weder einen Zensus, noch sonst irgendwelche zuverlässige statistische Angaben, die einen indirekten Schluß auf die Zahl der kurdischen Bevölkerung erlauben. Von europäischer Seite schätzt man

die Kurden im ganzen auf etwa 1 800 000 bis 2 225 000 Seelen [5]). Aber auch die letztere Zahl dürfte noch zu gering sein, und auch ohne die Luren [6]), die in den europäischen Angaben meist nicht mit eingeschlossen sind, wird man wohl mit 2,5 Millionen Kurden rechnen müssen. Aber auch dieses ist natürlich nur Vermutung und kann nicht weiter begründet werden.

§ 2.

Rassenverwandtschaft.

Die Kurden gehören dem iranischen Zweige der großen indogermanischen Völkerfamilie an [7]). Am nächsten verwandt sind sie mit den Persern. Der Unterschied, der bemerkbar ist, resultiert, wie leicht begreiflich, wohl aus der Verschiedenheit der Lebensweise: hier ein zum Teil noch nomadisierendes, frisches Bergvolk, dort müde Erben einer alten, verfeinerten Kultur. Die Verwandtschaft der Sprachen ist sehr groß, und mit Leichtigkeit und in ganz kurzer Zeit kann ein Perser Kurdisch oder ein Kurde Persisch lernen. Die Grammatik ist fast gleich zu nennen, Unterschiede bestehen allerdings im Wortschatz. Im ganzen kann man wohl sagen, daß das Kurdische zum Persischen wie das Plattdeutsche zum Hochdeutschen stehe. In Kardoschia (modern = Kurdistan), in Kirmanschan, Luristan ist die Aehnlichkeit mit dem Persischen größer als

---

[5]) Lord Curzon l. c. rechnet auf 1—1,5 Millionen in der Türkei und etwa 600 000 in Persien, bleibt mit letzterer Zahl aber sicher weit hinter der Wirklichkeit zurück, l. c. vol. 1, p. 554.

[6]) Deren Zahl schätzte man 1881 auf 421 000 Seelen, nach der Ansicht Lord Curzons l. c. vol. 2, p. 274 f. zu hoch.

[7]) Nach armenischer Anschauung sind die Kurden ein Mischvolk aus den alten Medern (Mark) und scythischen Einwanderern aus der Gegend des Kaspischen Sees. Cf. Moritz Wagner, Reise nach Persien und dem Land der Kurden (Leipzig 1852), vol. 2, p. 224 f. Auf die zahlreichen sonstigen Hypothesen über die Abstammung der Kurden einzugehen, kann umso eher unterbleiben, als diese alle der modernen Forschung nicht haben standhalten können.

in Chorasan und überhaupt den Gegenden südwestlich von Azerbaidjan; hier sind auch die Kurden durch Türken von den eigentlichen Persern getrennt. Kulturell stehen die Kurden fast in dem gleichen Maße wie die Perser und überhaupt alle Völker mohammedanischen Glaubens unter dem Einflusse des Islam. Dieser Einfluß wirkt schon seit mehreren Jahrhunderten, wenn man auch nicht genau sagen kann, wann er begonnen hat. Jedenfalls ist er mit der Zeit sehr stark geworden und gibt dem ganzen Denken seine besondere Färbung.

§ 3.

Abstammungssage.

Jeder Kurde [8]) glaubt heute, daß sein Urvater ein Araber wäre, und das ganze Volk leitet sogar seinen Ursprung aus Arabien her. Folgende bisher wohl unveröffentlichte geschichtliche Sage, die natürlich jeder historischen Begründung entbehrt, wird in ganz Kurdistan erzählt.

Lange Zeit vor Mohammed herrschte in Yemen (Südarabien) ein König mit Namen Amer Musaiqia (= Amer der Zerreißer). Er war so stolz, daß er jeden Tag ein anderes Kleid anzog und es am nächsten Tage wieder zerriß, weil es nach seiner Meinung eine große Schande für ihn wäre, gebrauchte Kleidung wieder anzuziehen oder sie jemand anders tragen zu lassen. Seine Hauptstadt war San'aa. Zu dieser Zeit hatte sein Volk schon eine sehr hoch entwickelte Kultur. Das fruchtbare Land von Yemen, besonders aber die Umgebung seiner Hauptstadt, war mit Gärten und Weinbergen angefüllt. Der Gärten waren so viele, daß man eine Woche lang durch sie hindurchschreiten konnte, ohne zu einem Ende zu kommen. Ein großer Fluß, der in der Nähe floß, war durch einen starken und hohen Damm abgestaut worden, und ein Netz von Kanälen führte sein Wasser durch das ganze Land. Es geschah nun,

---

[8]) Jeder „vornehme“ Kurde nach Moritz Wagner l. c. p. 225.

daß das Volk Allah ungehorsam wurde, und Gott beschloß, sie zu bestrafen. Die Priester wurden von den himmlischen Geistern, die nach dem Himmel emporstiegen, um die himmlischen Nachrichten zu holen, benachrichtigt, daß Allah das Volk mit der Zerstörung des Dammes bestrafen wolle, der den Strom abstaue, so daß also Gärten und Weinberge versinken müßten. Die Priester teilten diese Nachricht dem Könige Amer mit. Er erschrak mächtig, denn er besaß die meisten Güter. So beschloß er denn, durch eine List sein Vermögen zu retten. Er hatte einen klugen Sohn, mit Namen Kurd, mit dem beriet er sich, und sie faßten folgenden Plan: der König solle eines Tages alle Fürsten und Vornehmen des Reiches zur Tafel laden. Dann sollte Kurd vor den Gästen dem Vater den Gehorsam verweigern. Als die Gäste nun versammelt waren, tat Kurd der Abrede gemäß immer das Gegenteil von dem, was ihm der Vater befahl. Der König stellte sich sehr zornig und über den ungeratenen Sohn sehr unglücklich. Schließlich meinte er, den Ungehorsam seines Sohnes nicht mehr länger ertragen zu können, und verkündete, daß er lieber seine Güter verschleudern und aus Scham über den Ungehorsam des Sohnes sein Land verlassen wolle. Alle Anwesenden erstaunten, kauften aber schnell die Güter, die sie so für einen billigen Preis erhielten. Als die Zeit kam, die Allah bestimmt hatte — der König hatte inzwischen sein Land verlassen —, schuf er Wasserratten, die waren so groß wie Bären und hatten Zähne wie Wildschweine. Diese ungeheuren Tiere unterwühlten den Damm und das Wasser überschwemmte die Gärten und Weinberge. Jetzt merkten die Fürsten den Betrug des Amer, folgten ihm auf seinem Wege und nahmen ihm ihr Geld wieder ab. Seinen Sohn Kurd ließen sie weiter unbehelligt, da er eigentlich unschuldig war. Er blieb aber doch nicht in seiner Heimat, sondern zog aus und ließ sich mit seiner Familie dort nieder, wo heute noch seine Nachkommen wohnen, nämlich in Kurdistan, dem Lande, das nach ihm benannt ist.

Alle Kurden nehmen diese Sage als Wahrheit hin, und

ebenso verfahren die meisten orientalischen Schriftsteller und Geschichtschreiber, sie verweisen dabei auf den Dammbruch, der schon im Koran als Sail ul 'arem erwähnt wird. Die Gebildeten sind aber schon durch die nahe Verwandtschaft des Kurdischen mit dem Persischen zu der Ueberzeugung geführt, daß die Kurden nur ein Nebenstamm der persischen Rasse sind und daß der Einfluß der Araber auf die kurdische wie persische Sprache und Art erst durch den Islam begründet ist.

§ 4.

Lebensweise.

Die allgemeine Ansicht über die Kurden in Europa (falls man von einer solchen überhaupt sprechen kann) geht dahin, daß alle Kurden Nomaden und Räuber von Beruf sind. Diese Ansicht ist in ihrer Allgemeinheit vollkommen falsch und es mag nur kurz darauf hingewiesen werden, daß eine ganze Anzahl von Kurden als persische Dichter und als Staatsmänner Ruhm erlangt haben[9]. Gewiß gibt es unter den Kurden Nomaden und Räuber[10], die Mehrzahl des Volkes hat heute[11] aber bereits einen anderen Charakter. Vor allem muß man scharf zwischen Stadt und Land unterscheiden. In den Städten betreiben die Kurden ihre Geschäfte als Kaufleute, Handwerker u. s. w. genau in derselben Weise wie andere Natio-

---

[9]) Auch der berühmte Sultan Saladin soll von kurdischer Abstammung gewesen sein. Aziz Chan war vor 50 Jahren Großminister.

[10]) Räuberische Ueberfälle von Kurden, die noch bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts vorwiegend mit Lanzen bewaffnet waren, sind in der Literatur sehr oft geschildert worden, vergl. u. a. Moritz Wagner l. c. vol. I, p. 244, 310—313; Georg Fowler, Drei Jahre in Persien etc. (Aachen 1842), vol. II, p. 190—246: Abenteuer in Kurdistan; C. Sandreczki, Reise nach Mosul etc. (Stuttgart 1857), vol. 2, p. 286 ff. u. v. a.

[11]) Und auch vor mehr als 200 Jahren schon: Dapper, Beschreibung des Königreichs Persien (München 1681), sagt p. 169: „Viele unter ihnen leben unter Gezelten / und schweiffen mit ihrem Vieh von einem Ort zum andern umher, andere enthalten sich in Höhen / der meiste Teil aber lebet bürgerlich / und wohnet beständig in Städten".

nalitäten auch und unterscheiden sich in nichts von den Bewohnern anderer persischer oder türkischer Orte. Sie unterstehen der Regierung gleich den Persern selbst. Ganz anders ist es auf dem Lande. Auch hier sind wieder verschiedene Unterschiede zu machen. Falsch ist allerdings die Ansicht, die in der europäischen Literatur eine ziemlich weite Verbreitung noch immer hat, obwohl sie schon lange [12]) widerlegt ist, daß nämlich „zwei voneinander scharf geschiedene Stände oder Kasten“ [13]) unter den Kurden existierten, die Assireten (Kriegerkaste) und die Guranen (Ackerbauer). Von einer solchen kastenartigen Unterscheidung ist in Kurdistan selbst nichts bekannt [14]).

Auf dem Lande besteht die alte Stammesverfassung der Kurden noch zu vollem Recht. An der Spitze eines Stammes (Kabila oder Taifa genannt) steht ein Fürst (khan, aga, beg), während die Unterabteilungen des Stammes wieder Häuptlinge für sich haben (masin). Soweit die Stämme seßhaft geworden sind, bestellen die Untertanen das Land [15]). Die Bauern wohnen fast immer in Dörfern zusammen. Ein oder mehrere Dörfer bilden den Besitz (persönliches Eigentum) eines Herrn, entweder eines Fürsten, eines Häuptlings, eines sonstigen Angehörigen des Stammes, oder auch eines Kaufmannes oder eines Geistlichen aus der Stadt. Die Bauern (dehatti, kirmandj) haben ein Fünftel des Ertrages dem Grundherrn abzuliefern, außerdem auch noch Steuern an den Fürsten oder Häuptling abzuführen, wie wir später ausführlicher sehen werden. Einzelne Bauern sind auch frei, bestellen ihr Land für sich, un-

---

[12]) Zuerst wohl von Baron Nolde in seiner interessanten „Reise nach Innerarabien, Kurdistan und Armenien“ (Braunschweig 1892).

[13]) So in Meyers Lexikon (4. Aufl.), vol. 10, p. 340.

[14]) Dieses ist doch wohl nur für die engere Heimat des Verfassers zutreffend. Irgend ein Unterschied scheint in Südkurdistan schon zu bestehen, wenn auch nicht rassenhafter Natur.

[15]) Der Ackerbau ist unter den Kurden erst in neuerer Zeit bekannt geworden. Noch Dapper schreibt l. c.: „Sie haben keine Erdfrüchte / sondern ernehren sich mit Butter / Milch und Fleisch von ihrem Vieh“.

abhängig von einem Häuptlinge oder Fürsten. Die nomadisierenden Kurden sind in erster Linie Viehzüchter. Sie sind es, die in der europäischen Literatur meist als „Räuber" bezeichnet werden. Der Name klingt aber schrecklicher, als die Wirklichkeit aussieht. Um das zu verstehen, muß man die politischen Verhältnisse in jenen Gegenden kennen.

Weder die persische noch die türkische Regierung nehmen die Angehörigen eines kurdischen Stammes als direkte Untertanen in Anspruch. Die Regierung hält sich stets und allein an den Fürsten oder Häuptling. Von diesem verlangt sie die Steuern, macht ihn eventuell auch für Handlungen seiner Untertanen verantwortlich. Fast ausschließlich sind es Steuerangelegenheiten, wegen deren sich die türkische oder persische Regierung überhaupt um die Kurden kümmert. Je stärker ein Stamm ist, desto weniger energisch besteht die Regierung auf der Steuerzahlung [16]); weigert sich der Fürst zu zahlen, so verzichtet sie. Es bleibt ihr meist auch kein anderes Mittel, ihren Willen durchzusetzen. Insbesondere gilt das von Persien, das (wie auch die neuesten Ereignisse bestätigt haben) gar keine zuverlässige und starke Armee besitzt. Etwas anders ist es in der Türkei. Hier hat eine sehr viel klügere Verwaltungspolitik früh schon [17]) die Bedeutung der „kurdischen Frage" erkannt, aus Kurden sind vorzügliche Reiterregimenter zusammengestellt worden u. s. w. Im übrigen sucht aber auch die türkische Regierung Konflikten mit größeren Stämmen [18]) sorgsam aus dem Wege zu gehen, und oft geht das eben nicht anders, als daß sie auf die Steuern verzichtet. Die erwähnte

---

[16]) Vergl. James Greenfield, Die Verfassung des persischen Staates (Berlin 1904), p. 170 f.

[17]) Aber doch nicht vor den letzten Jahrzehnten, denn Rich, der in den 20er Jahren des 19. Jahrhunderts lange in Kurdistan lebte, nennt die türkische Kurdenpolitik „blind, arrogant, and treacherous", Narratives etc., vol. I, p. 72.

[18]) Ein interessanter ist in neuester Zeit dadurch entstanden, daß einer der mächtigsten Kurdenfürsten die türkische Verfassung nicht anerkannt hat.

kluge Politik der Türkei hat so immerhin den Haß der kurdischen Bevölkerung gegen türkische Art, der früher einen nationalen und allen Kurden gemeinsamen Zug bildete, vergessen lassen (vielleicht nur vorläufig und wohl auch nur anscheinend). Bei solchen Umständen und solcher offensichtlichen Kraftlosigkeit der Regierung kann es nicht wundernehmen, daß jeder kurdische Fürst und Häuptling seiner Selbständigkeit auch voll bewußt ist und als souveräner Landesherr, sozusagen, handelt. Dazu gehört in erster Linie, daß er das Recht in Anspruch nimmt, über den Durchzug von Waren durch sein Stammesgebiet zu bestimmen. Die Kaufleute sind darum gewissermaßen auch schon auf sogenannte Ueberfälle vorbereitet. Sobald sich der erste kurdische Reiter zeigt, macht auch schon die Karawane Halt, die Waren werden ausgepackt, geschätzt und ein meist recht erheblicher Teil quasi als Abgabe weggenommen, bei Widerstand natürlich alles, was man bekommen kann. Bei besonderer Feindschaft eines Stammes gegen die Leute einer bestimmten Gegend oder Stadt spielen alle möglichen Behinderungen des Handels eine große Rolle und dann kommen auch direkte Fehdezüge vor. Im ganzen entspricht das „Räuberhandwerk“ der Kurden fast in allen Momenten dem Verhältnis zwischen Landadel und Bürgertum in Europa, besonders im Deutschland des Mittelalters. Auch die Fehden zwischen den einzelnen Stämmen erinnern daran. Sie sind notwendig, da eine höhere Macht, die sich als Richter Respekt verschaffen könnte, eben fehlt. Dieses willkürliche Erheben von Abgaben gilt den Kurdenhäuptlingen als ihr gutes Recht, das sie sich auch von der Regierung nicht antasten lassen wollen. Der Versuch der persischen Regierung, eine Zollstation in dem kurdischen Gebiet, in Ladjan, westlich des Urmiahsees anzulegen, war ein Hauptgrund für den Stamm Manggur, die türkische Hilfe anzurufen, und der sogenannte türkisch-persische Grenzkonflikt ist eigentlich die Folge dessen. Andere Momente, die wir noch zu erwähnen haben, spielen allerdings mit.

§ 5.

Religiöse Verhältnisse.

Die Eigenart der politischen Stellung der Kurden beruht zu einem guten Teile auf religiösen Verhältnissen. Bekanntlich sind die Perser ihrer Mehrzahl nach Schiiten, d. h. sie gehören jener sonst nicht weiter verbreiteten Sekte des Islam an, die nur den Koran selbst, nicht aber die Sunna (Ueberlieferung) als unbedingt bindend für den Moslem ansieht und weiterhin das Kalifat des Sultans in Konstantinopel nicht anerkennt. Die Kurden sind dagegen zum größten Teil Sunniten, halten also auch den türkischen Sultan für den Nachfolger Mohammeds und ihr religiöses Oberhaupt. Wann die Kurden zum Islam bekehrt sind und welches ihre vorislamitische Religion war, läßt sich nicht mit Bestimmtheit sagen. Wahrscheinlich fällt ihre Bekehrung in die Zeit des Banu 'l Abassi Khalifa in Bagdad, das damals die bedeutendste islamitische Schule beherbergte. Deren Nähe und der ständige Verkehr mit den islamitischen Arabern dürfte die Kurden zur Annahme des Islam geführt haben. Nun halten sie ihn recht strenge, machen jeden Tag die vorgeschriebenen fünf Gebete, geben Sakat (die religiöse Steuer), pilgern oft nach Mekka[19], verehren Koran, Sunna und die Nachfolger des Propheten. Ein anderer, kleinerer Teil der Kurden, besonders in der Gegend Kirmanschah, in Luristan, Afschar und Bidjar ist schiitisch. Dieser erkennt also den Sultan der Türkei als religiöses Oberhaupt nicht an. Der Schah hat übrigens für die Schiiten in keiner Beziehung eine religiöse Bedeutung, er ist Schutzherr des Glaubens wie jeder mohammedanische Fürst, aber nicht mehr. Der Haß zwischen Schiiten und Sunniten ist bekannterweise sehr groß, sie verachten sich gegenseitig aufs tiefste.

---

[19]) Nach Rich, Narratives etc., pilgerten in den 20er Jahren während eines Zeitraums von nicht mehr als 3 Jahren aus dem Bezirk Suleimanich allein etwa 2000 Kurden nach Mekka.

Einzelne Anhänger anderer Bekenntnisse finden sich ebenfalls noch unter den Kurden, des Erwähnens wert sind die Aliullahi, eine schiitische Sekte, die den vierten Kalifen Ali für Gott selbst hält.

Der Umstand, daß die Kurden Sunniten sind, wird von den Türken oft gegen die Perser ausgespielt und vielleicht hat der gemeinsame Glaube auch etwas zu dem Bündnis zwischen Kurden und Türken beigetragen, das Ende 1906 zu der Besetzung von Urmiah und zum Teil auch von Mukri durch die Türken geführt hat. Bisher allerdings haben die persischen Kurden ungeachtet des gleichen Glaubens gerade in der Provinz Azerbaidjan den äußersten Haß gegen die Türken (aber eben mehr gegen die Osttürken als gegen die Osmanli) gezeigt. Schwierigkeiten bereitet der persischen Regierung die religiöse Sonderstellung der Kurden in Persien immerhin, wozu der religiöse Hochmut des Schiiten das meiste beiträgt. In früheren Zeiten, als die persischen Könige von größerem religiösem Eifer beseelt waren und fanatischer ihre Religion durchsetzen wollten, gab es ständig viel Streit und Blutvergießen mit den Kurden; Handel und Verkehr in der blühenden Provinz Azerbaidjan lagen völlig danieder. Die jetzt regierende Kadjarendynastie sah sehr wohl das Verderbliche des bisherigen Zustandes ein. Alle trennenden Unterschiede werden nun übersehen, loyale Kurden zu den höchsten Aemtern zugelassen, die Fürsten mit Geld und Orden beschenkt. In der Politik ist, so kann man sagen, der religiöse Gegensatz ohne Bedeutung, durch die Gewohnheit fast ausgeglichen. Dafür, daß er nie wieder erwacht, fehlt allerdings jede Bürgschaft, die Folgen wären unabsehbar. Auch hier deutet vieles darauf hin, daß die augenblickliche politische Stellung der Kurden nur ein Provisorium ist[20]).

---

[20]) Ein unabhängiges Kurdistan ist seit langen Zeiten eine Lieblingsidee vieler Kurden und auch Europäer gewesen. Schon Dapper scheint daran gedacht zu haben, wenn er l. c. p. 169 sagt: „Die Inwohner sind sehr streitbar / und dürften heut oder morgen wol dem Türkischen

§ 6.

Das Rechtsleben der Kurden.

Das Rechtsleben der Kurden spielt sich in zwei verschiedenen Rahmen ab, wie fast in der gesamten islamitischen Welt. Eine Pflicht des Staates zur Rechtspflege erkennt der Islam nicht an, er selber gibt Recht, seine Priester sind zugleich Richter. Dieses kanonische Recht des Islam wird Schara genannt. Im Gegensatz dazu heißt weltliches Recht Irf[20a]. Dieses Irf ist in Persien aber besonderer Art. Eine Gesetzgebung existiert nicht, das Irf ist also lediglich Gewohnheitsrecht. Eine Rechtspflege des Staates von Amts wegen gibt es ebenfalls nicht, die Richter, die nach Irf urteilen, sind Schiedsrichter. Ins einzelne gehende Schilderungen der Rechtspflege werden weiter folgen, wir können hier nur ihre Grundlinien darlegen.

Der mohammedanische Priester erhält eine besondere Ausbildung, die ihn mit allen orientalischen Wissenschaften vertraut macht, besonderes Gewicht aber auf das Studium des Koran legt. Der Koran enthält nicht nur die theologischen Grundsätze für die mohammedanische Welt, sondern ebenso die juristischen Leitsätze, er ist in einem viel höheren Maße als irgend ein Buch der Welt sonst ein Buch des Lebens. Jede weitere dogmatische Wissenschaft kann nur darin bestehen, das im Koran Niedergelegte auszulegen, zu erklären, auf den Einzelfall zu exemplifizieren. Es folgt daraus, daß für die mohammedanische Welt eine Trennung der beiden dogmatischen Wissenschaften, Theologie und Jurisprudenz, gar nicht möglich ist. Nach dem vollendeten Studium ist der Kandidat sowohl für theologische als juristische Beschäftigung

---

Reich nicht geringen Schaden zufügen." Georg Fowler, l. c. vol. II, p. 9, ruft begeistert aus: „Welch schöner Gedanke, das Volk zu einen und Kurdenkönig zu werden!" Ueber die Unabhängigkeitsbestrebungen an anderem Orte mehr.

[20a]) Diese Schreibung gibt die Aussprache noch am besten wieder, man schreibt sonst auch: 'Arf, Erf, Urf etc.

geschult. Will er Richter (Kazi) werden, so hat er ein besonderes Examen zu bestehen, das er vor seinen Lehrern ablegt. Mit dem Diplom, das er erhalten, wendet er sich in einer Eingabe an die Regierung (in Persien), die Erkundigungen über seinen Ruf einzieht und ihn, wenn diese gut ausfallen (Regel), als Richter anerkennt. Diese Anerkennung hat nur die eine praktische Folge, daß dadurch sich die Regierung verpflichtet, die Urteile des Kazi zu vollstrecken. Eine sachliche oder örtliche Zuständigkeit existiert nicht, die Regierung unterhält keine festen Gerichte. Wer Recht verlangt, kann sich an jeden beliebigen Kazi wenden, wenn sein Gegner einverstanden ist.

Lieber als zum Kazi geht man aber zu einem Schiedsrichter. Das hat viele Gründe. Die gewichtigsten sind wohl, daß von den Fällen, die vor den Schiedsrichter kommen, die Regierung nichts erfährt; denn hier fehlt ihr die Vollstreckungsgewalt. Außerdem ist der Schiedsspruch auch deshalb beliebter, weil hier nicht Schara (das geschriebene arabische Recht), sondern das Irf, eben der Common sense zur Geltung kommt. In diesem Irf ist wohl ein gut Teil alten vorislamitischen Rechtes erhalten. Es bestehen auch private Aufzeichnungen dieser Rechtsbräuche, besonders in einzelnen Familien, deren Mitglieder besonders häufig als Schiedsrichter angegangen werden. Besondere Bedeutung haben diese Schiedsrichter auf dem Lande und es ist fraglich, ob man diese nicht noch als etwas Besonderes betrachten muß. Denn zum Teil spricht hier der Fürst selber Recht oder er bestimmt jemand anderen als Schiedsrichter. Den Urteilen schafft in solchen Fällen der Fürst Anerkennung. In den Städten dagegen, wo es keine Stämme mehr gibt, besteht ein direkter Zwang auf Ausführung des Urteilsspruches des Schiedsrichters nicht. Es wird jetzt davon gesprochen, daß in Persien eine staatliche Gesetzgebung und Ordnung des Gerichtswesens erfolgen soll. Es wird sich fragen, an welche der bestehenden Institutionen man anknüpfen wird.

§ 7.

Plan der Arbeit.

Nach diesen allgemeinen Ausführungen, die das Verständnis für die kurdischen Verhältnisse erleichtern sollen, werden wir zuerst die Verfassung und Verwaltung der Kurden in der Türkei und besonders in Persien darlegen, dann eine genaue Schilderung des islamitischen Rechtsstudiums in Westpersien geben und endlich ausgewählte Kapitel aus dem islamitischen und Gewohnheitsrecht behandeln, dabei besonders ausführlich auf die Rechte an Grund und Boden und auf das Prozeßrecht eingehend.

Verfassung und Verwaltung.

§ 8.

Von einer Verfassung und Verwaltung kann bei den Kurden in einem zweifachen Sinne gesprochen werden: nämlich einmal mit Beziehung auf den Staat, dem die Kurden angehören, zum anderen unter Hinblick auf den einzelnen kurdischen Stamm. Diese beiden Momente benutzen wir zu der weiteren Einteilung dieses Abschnittes, indem wir zuerst von der äußeren (Staats-)Verfassung und Verwaltung und sodann von der inneren (Stammes-)Verfassung und Verwaltung sprechen.

Die äußere Verfassung und Verwaltung.

§ 9.

Das Gebiet, das heute von kurdischen Stämmen bewohnt wird, gehört drei Staaten an: der Türkei, Persien und Rußland. Nur die Verhältnisse in den ersten beiden Staaten werden uns fernerhin beschäftigen. Der Grund dafür liegt darin, daß nur in ihnen den Kurden eine besondere Stellung im Staatswesen eigen ist, und die allgemeinen staatsrechtlichen Normen Rußlands beschäftigen uns hier ebensowenig wie die

der Türkei oder Persiens. Weiterhin bleiben im wesentlichen außerhalb unserer Betrachtung diejenigen Kurden, die sich in den größeren Städten angesiedelt haben und sich von ihrem Stammestum mehr entfernt haben.

Die Kurden im türkischen Staat.

§ 10.

Die Verfassung der Türkei ist, wie bekannt, tatsächlich die absolute Monarchie. Am 23. Dezember 1876 wurde zwar eine Verfassung verkündigt, die eine gewisse Mitbestimmung des Volkes durch ein Parlament einführte. Das Parlament, das auf Grund dieser Verfassung in Konstantinopel zusammentrat, wurde aber nach wenigen Monaten geschlossen und nie wieder einberufen. Wie sehr die Konstitution heute nur graue Theorie ist und eigentlich auch das nicht einmal mehr, ersieht man am klarsten daraus, daß es verboten ist, irgend etwas über diese Verfassung und das Parlament zu veröffentlichen [21]). Zu diesem Parlament sollten die Kurden wie alle türkischen Staatsuntertanen Leute ihres Vertrauens abordnen. Denn die Verfassung, wie auch schon frühere Erlasse, hatte den ausdrücklichen Zweck, alle nationalen Unterschiede innerhalb der Angehörigen des türkischen Reiches zu verwischen und an die Stelle von „Türken", „Armeniern", „Kurden" u. s. w. einheitlich „Osmanen" zu setzen. Diese Idee, das Völkerkonglomerat in eine kompakte Masse zu verwandeln, ist aber schnell wieder verlassen worden, und auch die Kurden nehmen nun wieder ihre alte Sonderstellung ein.

§ 11.

Die Türkei ist zu Verwaltungszwecken eingeteilt in Vilayets, Sandjaks, Kasas und Nahiyes. An der Spitze eines jeden Ver-

---

[21]) Inzwischen ist, wie man weiß, durch einen Erlaß vom 24. Juli 1908 die alte Verfassung wieder hergestellt worden.

waltungsbezirkes steht ein einzelner Beamter, der natürlich nach Bedarf andere Beamten, aber lediglich zur Ausführung seiner Anordnungen, unter sich hat. Die Bezeichnungen der Beamten und ihrer Verwaltungsbezirke sind folgende:

Wali steht an der Spitze eines Vilayet,
Mutesarrif über einem Sandjak oder Liwa,
Kaimakan über einem Kasa,
Mudir über einem Nahiye.

Jeder Beamter oberer Ordnung in unserer Tabelle ist Vorgesetzter des unter ihm folgenden. Aber hiermit ist es, wie fast mit allen Dingen in der Türkei: zwischen Theorie und Praxis ist ein großer Unterschied, ein so großer, daß man oft die Theorie schon vergessen hat. Ganz besonders zeigt sich das, wenn wir auf spezielle Fälle eingehen, wie eben auf die Verwaltungseinheiten in dem von Kurden bewohnten türkischen Gebiet.

§ 12.

Nach offiziellen Angaben ist das Grenzgebiet gegen Persien in zwei Vilayets geteilt: in das Vilayet Mesopotamien mit der Hauptstadt Bagdad und das Vilayet Bassorah. Unserer Kenntnis nach (Dj.-al-K.) ist Bassorah aber nur ein Sandjak, das zu Bagdad oder Mesopotamien gehört. Vergleichen wir aber die weitere Einteilung nach den amtlichen Angaben, so sollen die Sandjaks des Vilayet Mesopotamien sein: Bagdad selbst mit sieben Kasas, Hillah mit vier und Kerbela mit ebenfalls vier Kasas. Danach müßte man wieder annehmen, daß in diesen Orten je ein Mutessarif amte. Soweit uns bekannt ist, ist das aber nur in Bagdad selbst der Fall, während an den beiden anderen Stellen nur Kaimakans sitzen. Aehnlich ist es auch mit den Unterabteilungen des amtlich unterschiedenen Vilayets Bassorah. Es sind dieses die Sandjaks: Bassorah mit zwei Kasas, Munterfik mit vier, Omara mit vier und Nedjd wieder mit zwei Kasas. Jedenfalls wird man auch diese offiziellen Angaben nicht als unbedingt zuverlässig ansehen können.

Es läßt sich über das gesamte Verwaltungssystem der Türkei auf keine Weise ein wirklich zutreffender Ueberblick gewinnen.

§ 13.

Ganz ähnlich ist es mit dem Heerwesen. Durch die schöne Arbeit des Oberstleutnant v. Mach[22]) wissen wir jedenfalls, daß in den kurdischen Grenzgebieten eine recht ansehnliche Truppenmacht steht, nämlich das 6. Kol-Ordu von Bagdad, mit der 11. Infanteriedivision in Bassorah und der 12. Division in Kerkuk, die 6. Reiterdivision, 5 Abteilungen Artillerie und dazu noch technische Truppen und Train. Im ganzen sind es 34 Bataillone Infanterie, 30 Schwadronen Kavallerie, 17 Batterien Artillerie, 2 Kompagnien technische Truppen, 3 Schwadronen Train. Inwieweit die Wirklichkeit diesem „Soll" entspricht, ist unbekannt, wenn man sich ja allerdings denken kann, daß wegen der ständigen persisch-türkischen Grenzkonflikte seit zwei Jahren dort ganz bedeutende Truppenmassen angesammelt sein müssen.

Soweit die Kurden ihren Stammesverband verlassen haben, sind sie als Mohammedaner gleich allen türkischen Glaubensgenossen militärdienstpflichtig und erfüllen ihre Pflicht in irgend einer der Nisamtruppen, von denen unsere obige Aufstellung spricht. Die de facto unabhängigen Kurdenstämme sollen für den Kriegsfall unter ihren Stammeshäuptern als Hamidiehreiterei in die Armee eingereiht werden und zwar in erster Linie zur Stärkung der Rediftruppen erster Klasse, d. i. der Landwehr, in deren 4. Ordu Ersinghian (und vielleicht auch 6. Ordu Bagdad) sie aufgestellt werden. Diese Hamidiehreiter sollen in Friedenszeiten eine reguläre Ausbildung, wenn auch in kürzerer Zeit, durchmachen unter Leitung abkommandierter Offiziere der regulären Truppe. Aber das, wie auch die einheitliche Uniformierung dieser Truppen, steht der Hauptsache nach noch auf dem Papier.

---

[22]) Die Wehrmacht der Türkei und Bulgariens (Berlin 1905).

§ 14.

Betrachten wir nun, wie sich die türkische Regierung dem Kurden direkt gegenüber zeigt. Es ist in erster Linie zu sagen, daß alles getan wird, um die Kurden möglichst fest an die Türkei anzugliedern, welchem Beginnen aber zwei Hindernisse sich entgegenstellen: erstens die Verachtung, und man kann fast sagen der Haß, mit dem der Kurde vielfach auf den Türken sieht, wenn dieser allerdings jetzt auch zu schwinden scheint, und dann auch zu einem großen Teil der Charakter der türkischen Beamtenschaft. Der Kurde erkennt sehr wohl, welche Gefahr für sein freies unbekümmertes Leben der türkische Staat bedeutet, und darüber sollte man sich auch nicht durch das augenblickliche Zusammengehen von Türken und Kurden in den persischen Grenzbezirken täuschen lassen. Auch die türkische Regierung ist sich dessen bewußt, und die Mittel, mit denen sie auf die Kurden einzuwirken sucht, sind auch dementsprechend vor allem die Entfaltung einer für die dortigen Verhältnisse imposanten Militärmacht und auch der politische Betrug. Dazu kommt dann noch, wie wir schon mehrfach bemerkt haben, der Einfluß, den der Padischah als Kalif, als religiöses Haupt der sunnitischen Mohammedaner, über die Kurden hat.

Die Regierungsbeamten werden entweder von Konstantinopel direkt oder von den Walis der Vilayets ernannt. In jeder kurdischen Stadt sitzt ein Mutessarrif oder Kaimakan. Auch auf dem Lande vertreten ähnliche Beamte, oft aus den kurdischen Häuptlingen selbst genommen, die türkische Regierung. Die Regierung zeigt sich den Kurden gegenüber hauptsächlich als die steuerheischende Macht. Will irgend ein Häuptling nicht so viel zahlen, als ihm durch die Beamten auferlegt ist, so kommt bald ein Iradeh vom Sultan und ruft ihn nach Konstantinopel. Von dem unglücklichen Gefangenen hört man nichts wieder. Sind so die Mittel, mit denen sich die Regierung Anerkennung schafft, auch nicht immer einwandfrei, so

muß man auf der anderen Seite wieder zugeben, daß den loyalen Kurden auch gute Aussichten im Staatsdienst geboten werden. Man erleichtert ihnen den Besuch der Regierungsschulen, viele machen in Konstantinopel abschließende Studien und werden dann gerne als Beamte und Offiziere von der Regierung angestellt. Viele kurdische Fürsten schicken daher gerne ihre Söhne auf die Regierungsschulen, diese werden aus politischen Gründen natürlich besonders bevorzugt und erlangen hohe Stellungen, werden Minister, Generäle u. s. w.

§ 15.

Die Erklärung dafür, daß die Türkei mit ihren zum Teil doch recht barbarischen Mitteln unter den ihnen im Grunde des Herzens feindlich gesonnenen Kurden immerhin nicht unbeträchtliche Resultate erzielt hat, liegt in den eigentümlichen Eigentumsverhältnissen am Grund und Boden. Seitdem die Kurden von den Türken ihrer früheren Selbständigkeit beraubt worden sind, haben sie kein Stück Land mehr als ihr volles Eigentum. Die Häuptlinge dürfen keine Dörfer mehr besitzen, als nur allein ihre Gärten und Weinberge. Alles gehört zum Mir, ist Staatsland. Die Theorie dieses Mir ist übrigens nicht-islamitisch, sondern wahrscheinlich alttürkischen Ursprunges. Gegen eine gewisse Summe aber erhalten die Kurden, besonders die Fürsten das Recht der Nutznießung an Gütern und ganzen Dörfern für Lebenszeit. Diese Form der Pacht wird Tapo genannt. Der Preis dafür wird nur einmal, bei der Begründung des Lehens, wenn man diese Art Nutznießung so nennen will, bezahlt. Daneben hat der Besitzer aber noch eine jährliche Abgabe zu leisten und den Zehnten von seinem geernteten Getreide zu geben, der Terminus technicus dafür ist Taušir. Weiterhin ist nach islamitischem Recht noch ein anderes Zehnt zu geben, von barem Geld, von Tieren und Getreide. Diese religiöse Steuer, die der Geistlichkeit zu gute kommen soll, heißt Sakat. Trotz dieser gewiß nicht gering zu nennenden Abgaben fährt der Großgrundbesitzer, der Fürst ganz gut

dabei. Denn glaubt er nicht in der Lage zu sein, die Abgaben bezahlen zu können, so verweigert er eben die Zahlung, und in den meisten Fällen gibt die Regierung, um nicht weitere Unannehmlichkeiten zu haben und vielleicht einen Aufstand herbeizuführen, nach und verzichtet auf die Abgaben. Schlimmer daran ist der Bauer, der nur einen Feldgarten oder einen Weinberg hat. Die türkischen Beamten kommen und sagen: „Der Garten gibt so viel Frucht, du mußt so viel Steuer zahlen.“ Schließlich zittert der Bauer und bezahlt auch, wenn er von Bekannten das Geld dazu geborgt erhält. Ist das nicht der Fall, so muß er den Besitz verlassen und ist froh, wenn er jemand findet, der ihn ihm abnimmt und ihm etwas dafür gibt.

§ 16.

Freier gestellt sind die nomadisierenden Stämme, und das ist noch immer ein wesentlicher Teil der türkischen Kurden. Einer der größten dieser Stämme ist der Stamm Djaf, der etwa 7000 Familien und viele Dörfer und Güter umfaßt. Dieser Stamm hat die große Ebene von Scharasur, an dem südlicheren Teil der persisch-türkischen Grenze, im Tapo-Besitz. Die Djaf sind als sehr tapfer und reich bekannt, ihre Haupteinnahmequelle liegt in der hochstehenden Pferdezucht. Häuptling des Stammes ist Mahmud Pascha, ein mächtiger und reicher Fürst. Die eigentümlichen Verhältnisse zwischen der türkischen Regierung und den Kurden beleuchtet es, daß mit Mahmud Pascha — sozusagen — abwechselnd sein Bruder Usman Pascha regiert, je nachdem der eine oder der andere sich der Regierung gerade mißliebig gemacht hat.

Die Kurden in Persien.

§ 17.

Persien war bis 1906 gleich der Türkei eine absolute Monarchie und ist es nach einem kurzen Zwischenspiel auch heute wieder. Zwar hat der 1907 verstorbene Schah Muzaffer-

eddin seinem Lande eine Verfassung gegeben und ein Parlament einberufen. Dieses aber ist von dem jetzt regierenden Schah Muhammed Ali inzwischen wieder aufgelöst worden und war auch nie von großer, vielleicht von gar keiner Bedeutung. Jedenfalls ist es überhaupt nicht anders, als ein beratendes, und nicht als ein beschließendes Kollegium gedacht gewesen. Wenn auch etwa 7 Mitglieder des Parlaments hauptsächlich von den Kurden bestimmt waren, so blieben darum die Kurden hier ebenso wie in der Türkei der Hauptsache nach nur Objekte der Gesetzgebung und wurden nicht deren Subjekte.

Nichtsdestoweniger stehen die Kurden in Persien besser und sind, von einzelnen Erscheinungen der neuesten Zeit abgesehen, auch zufriedener als in der Türkei. Der Hauptgrund dafür liegt darin, daß hier in Persien der Stammesverband ein um sehr vieles festerer ist als in der Türkei und daß sich hier ein Staatseigentum am Grund und Boden nicht entwickelt hat.

§ 18.

Persien ist in eine große Anzahl von Verwaltungsbezirken ganz verschiedener Größe geteilt, denen man den gemeinsamen Namen „Provinz" gibt. Die größte dieser Provinzen ist Azerbaidschan, das ungefähr den vierten Teil der Einwohnerschaft ganz Persiens umfaßt, nämlich annähernd 2 Millionen, die kleinste Provinz, Saveh, hat dagegen nur 30 Dörfer[23]). Die Provinzen sind wieder eingeteilt in Distrikte (Mahal oder Buluk). Es ist die Regel, daß der Schah die Gouverneure der Provinzen, diese aber die der ihnen untergeordneten Distrikte besetzen. Aber von dieser Regel gibt es viele Ausnahmen[24]): einerseits gibt es erbliche Gouverneure, anderseits wieder werden viele Bezirksgouverneure vom Schah direkt ernannt und können dann auch nicht von dem ihnen übergeordneten Provinzialstatthalter abgesetzt werden. Die Bezirke umfassen in

---

[23]) Greenfield p. 45.

[24]) Ibidem p. 45 ff. u. 245 ff.

vielen Fällen wieder kleinere Verwaltungseinheiten wie Kreise, denen Zabits oder Kelantars vorstehen, denen dann die einzelnen Gutsherren und Dorfschulzen (Kedschudas) verantwortlich sind. Die Stämme der halbunabhängigen Völkerschaften, wie vor allem der Kurden, sind dergestalt in das Schema der Verwaltung eingestellt, daß ihre Häupter die Stellung als Gouverneur, Bezirksvorsteher, Kreisvorstand, je nach der Bedeutung des Stammes, erhalten. Diese so zu persischen Beamten gewordenen Fürsten und Häuptlinge werden für alle Vorkommnisse innerhalb ihres Stammes verantwortlich gemacht, herrschen aber innerhalb der Stammesgrenzen, als wenn sie vollkommen unabhängig wären [25]).

Diejenigen Provinzen, in denen die Hauptmasse der persischen Kurden sitzt, sind Azerbaidschan mit der Hauptstadt Täbris, Kurdistan oder Ardilan mit Sinnah, Kirmanshah mit der gleichnamigen Hauptstadt und Luristan mit Churemabad. In Azerbaidschan sind es besonders folgende Bezirke, in denen Kurden wohnen: Serdeschd, Ushnu, Mukri oder Saudsch-Bulaq und Sakys.

Dieses ist das Gerippe der Verwaltung, wie ihr Leben von Kurden gesehen und empfunden wird, mag das Folgende zeigen.

§ 19.

Vor 30 Jahren noch hatten die Kurden einen persischen Oberbeamten aus einer ihrer Fürstenfamilien. Dann aber ge-

---

[25]) Die persische Politik geht aber darauf aus, die Macht dieser selbständigen Fürsten zu schwächen und einzuschränken, es ist ihr dieses auch, zum Teil durch die verwerflichsten Mittel, gelungen. Die Fürsten sind aber argwöhnisch geworden und bieten Einflüsterungen, wie sie besonders von russischer, und mit mehr Geschick von englischer Seite versucht werden, ein williges Ohr. Man vergleiche darüber das interessante Buch von Mrs. Bishop (J. Z. Bird), Journeys in Persia and Kurdistan (London 1891), spez. vol. I, p. 328. In amüsant naiver Weise dokumentiert Mrs. Bishop oft genug ihre Agitation für englische Interessen, so vol. I, p. 205, vol. II, p. 7, 109, 128, 132 u. s. w.

lang es den Persern nicht wieder, dem eigentlichen Kurdistan einen Beamten zu geben. In dem Bezirk Saudsch-Bulaq (oder Mukri) herrschten bis zum Jahre 1880 Fürsten aus einer sehr alten Dynastie, die schon lange vor den jetzt regierenden persischen Sefavis blühte. Diese Fürsten hießen Baba-miri, sie entstammen der sehr edlen Familie der Baba in Suleimanieh [26]). Sie kamen vor langen Zeiten nach Mukri und wurden von der dortigen Bevölkerung als Khane und Gouverneure angenommen und bis gegen Ende des 19. Jahrhunderts von der persischen Regierung auch immer bestätigt. Das berühmteste Mitglied dieser alten kurdischen Fürstenfamilie war Budagh Sultan, ein durch seinen Ernst berühmter kriegskundiger Führer, der „große Schweiger" Kurdistans, er regierte im 17. Jahrhundert. Die Baba Miri spielten dann in den Siebzigerjahren bei der kurdischen Revolution eine besonders hervorragende Rolle. Als Scheich Abd-ul-Kader aber 1878 geschlagen und Saudsch-Bulaq von den Persern wieder erobert wurde, wurden die Baba Miri ihrer erblichen Herrschaft enthoben, und ein Perser trat an ihre Stelle als Gouverneur des Distriktes Mukri. Solche Empörungen oder auch nur der Vorwand, daß solche geplant würden, geben den Persern immer Gelegenheit, die kurdische Macht durch Umwandlung der erblichen Gouverneurstellen in einfache Beamtenstellen zu schwächen, in die dann natürlich vorzugsweise loyale Perser befördert werden. So ist es auch in Kurdistan selbst mit der Provinzialhauptstadt Sinnah geschehen. Hier regierten immer Fürsten aus der sehr vornehmen Familie der Ardalan oder Bani-Ardalan, während andere Seitenzweige derselben Familie in den Bezirken Sakys, Marivan, Bana u. a. saßen. Auch diese wurden nach dem großen Kurdenaufstand beseitigt und persische Beamte dorthin geschickt. Doch hat sich diese Familie in die veränderten

---

[26]) Diese Baba sollen von einer englischen Stammutter abstammen. Dieses bringt in ausführlicher Weise Rich, l. c. vol. II, p. 291 ff. Die Ueberlieferung ist auch Mirza Djewad Kazi bekannt.

Verhältnisse zu schicken gewußt: viele ihrer Mitglieder sind heute in Sinnah Mitglieder der Regierung oder Gouverneure in den Bezirken, Kreisen etc. Dieser Prozeß der vollständigen Eingliederung der Kurden in das persische Verwaltungssystem ist noch im Gange, aber es ist doch wohl anzunehmen, daß er zu einem Ende geführt werden wird. Bis zu einem vollständigen Aufgehen der Kurden in der persischen Bevölkerung ist es aber auch dann noch weit, und es kann fraglich erscheinen, ob es überhaupt jemals dazu kommen kann, jedenfalls wohl kaum früher, als bis nicht gründliche Aenderung in den Grundzügen des persischen Reiches eingetreten ist. Das Haupthindernis liegt in der religiösen Sonderstellung der sunnitischen Kurden gegenüber den schiitischen Persern. Bis nicht der Haß und die Verachtung geschwunden ist, die der Schiit jedem Andersgläubigen, insbesondere aber jedem Sunniten zeigt, ist ein Aufgehen der beiden nahe verwandten Völker ineinander auch dann nicht denkbar, wenn die wirtschaftlichen Unterschiede sich ausgeglichen haben. Ein wichtiges Moment, das wohl zu bedenken ist, ist ferner auch der geschichtliche Sinn und der Stammes- und, man kann wohl auch sagen, der Nationalstolz der Kurden. In hundert Balladen lebt, jedem Knaben bekannt, die Erinnerung an die Heldentaten der alten Geschlechter fort. Die Sonderstellung der Kurden würde in einem „neuen Persien“ auch eine Sondervertretung erheischen, die sich am leichtesten in einer ständischen Verfassung verwirklichen ließe.

§ 20.

In den Gegenden, in denen die Kurden wohnen, werden die Gouverneure der einzelnen Bezirke, entgegen der Regel, wie wir oben gesehen haben, meistens direkt von Teheran aus ernannt. Für den Bezirk Saudsch-Bulaq (Mukri) kommt er jedoch aus Täbris. Gewöhnlich werden von der persischen Regierung vier Beamte ernannt: der Gouverneur, der Steuer-

einnehmer oder Wasiri Maliah, der Zolleinnehmer, Gumrikchi, und ein Geschäftsträger (Charge d'affaire) oder Kargusar, der die Verhandlungen mit den Juden und allen anderen Fremden (Ungläubigen) in seinem Bezirk zu führen hat. Der Gouverneur ist der oberste Verwaltungsbeamte in seinem Bezirk, er vertritt vollkommen den Schah selbst. Er sorgt für Ruhe und Frieden im Lande, verhaftet und bestraft die Uebeltäter. Er vollzieht alle Urteile der Richter, wie wir noch im weiteren Verlauf dieser Arbeit sehen werden. Er berichtet regelmäßig an den Schah, und alle seine Berichte gelten von vornherein als wahr, ohne weitere Untersuchung, ob sie es sind oder nicht. Gegen die Gefahr, die in einer solchen Praxis liegt, ist eine gewisse Abwehr dadurch gegeben, daß es keinen festen Instanzenzug gibt, sondern daß jeder persische Untertan das Recht hat, sich an denjenigen Beamten zu wenden, der sein Vertrauen hat, und in jedem Falle an den Schah selbst. Es mag hier nur konstatiert werden, daß auch das Parlament solch ein Ort geworden war, an dem Beschwerden aller Art niedergelegt wurden. Die Hauptarbeit des Parlaments bestand geradezu in der Durchsicht und, soweit angängig, Prüfung dieser Gesuche und Weiterreichung derselben an die maßgebenden Stellen.

XIII.

Das persische Rechtssystem.

Von

Dr. jur. et polit. **Ladislaus von Thòt,** Budapest,

Advokaten, Mitgliede der kgl. spanischen und griechischen Akademien und des Rats der „Società Internazionale degl' Intellettuali a Roma", Honorarpräsidenten der „Alliance Scientifique Universelle de Paris", Honorarprofessor der Universität von La Plata.

Einleitung.

Das persische Rechtssystem — wie das mohammedanische Rechtssystem im allgemeinen — hat einen religiösen Charakterzug, was — in sich selbst — sehr natürlich ist, da die Perser — wie die Araber und die Türken — die Rechtswissenschaft nur für einen Nebenzweig der Theologie betrachten.

Die Mohammedaner — wie man es weiß — teilen sich in drei Hauptrichtungen (Sekten). Diese sind die Sekten der Sunniten, der Schiiten und der Abadhiten. Der Hauptunterschied, welcher zwischen diesen Sekten existiert, hat einen theologischen Charakter, da dieselben als Quelle der Theologie und auch der Rechtswissenschaft den Qorân und auch die Tradition (Sunniten), oder nur den Qorân (Schiiten), oder aber den Qorân und die Tradition mit Beschränkung betrachten (Abadhiten).

Die Perser — welche Schiiten sind — haben eine eigene Rechtsliteratur.

Die ältesten schiitischen Rechtsgelehrten haben ihre Werke in arabischer Sprache geschrieben. Solche waren: Hasan Ben Ssalih († 784), Ali Ben Jakthin († 798), El-Welid Ben Tharif († 795), Abdallah Ben Jesid († 792) u. s. w.

Die größten Autoritäten der persischen Rechtsliteratur sind: El-Mohekkik, El-Tuschschi und El-Mofid, welche das System des persischen Rechts am umständlichsten dargelegt haben, insbesonders aber El-Mohekkik, in seinem umfangreichen Werke, dessen Titel ist: Scheraiet ol-islam fî messail el-hellâl w el-hârâm! („Islamitische Punkte über erlaubten und verbotenen Dingen")[1]).

Außer diesen drei Hauptschriftstellern existierte noch eine große Menge persischer Rechtsgelehrten, welche sehr interessante und wichtige arabische und persische Werke schrieben und welche zur sogenannten „klassischen Rechtsschule" gehörten.

Von den neueren persischen Rechtsgelehrten müssen erwähnt worden sein: Mohammed Ben Mortaza, der Prinz Malcom Khan, wer heutzutage der größte und berühmteste persische Rechtsgelehrte ist, dessen Werke von Humanität voll sind und dessen Zweck ist, das persische Rechtssystem im modernen Sinne umzuformen. Demselben Zweck dient auch seine ausgezeichnetste Zeitschrift: die „Qanun" („Das Gesetz").

Weiter muß man erwähnen: den Hazrat i Ezel, dessen Hauptwerk: „Bejanu'l ade" („Das Buch der Wahrheit") ein sehr interessantes Werk der Strafrechtsphilosophie ist. Außerdem sind zu benennen: Mudschterind Aga Mohammed Bagir Medschlisi, Hadschi Mohammed Bagir Medschlisi, Ibn Bobeweih, Mirza Abul-Kasim bin-Hassan Dschiloni, Scheik Beho eddin Mohammed Dschebel-Ameli, Mullah Ahmed Ardebili, Mudschtehid Seid Mohammed Bagir Reschti u. s. w., welche wichtige Werke schrieben[2]).

Was aber unsere Quellen betrifft, so haben wir vorzüg-

---

[1]) Dieses Werk wurde in Kalkutta (im Jahr 1839) herausgegeben.

[2]) Ein ausführliches Verzeichnis der schiitischen Rechtswerke findet man im persischen Werk von El-Tusschi, welches Dr. Springer unter dem Titel: „Túsy's List of Shy'ah books" in Kalkutta (1855) herausgab.

lich die folgenden persischen Werke benutzt: „Rassaleh hassanieh“ (Darstellung der schiitischen Rechtswissenschaft) von einem unbenannten Verfasser, Ispahan, 1877. „Hak ûl yagin“ (Dasselbe) von Mohammed Baker Ben Mohammed Taki, Teheran, 1825. „Fetawi ilm kitabi“ (Das Buch von den Verbrechen) von Qadhiat Qadhat Mohammed Nedschi Khan, Teheran. Dieses Werk enthält das Strafrecht und auch die bezüglichen Gerichtsentscheidungen.

I.

Das Privatrecht.

Das persische Privatrecht umfaßt alle Rechtserscheinungen des Privatlebens. Insbesondere regelt es die Obligationen und das Familiarrecht.

Die wichtigsten Teile des Privatrechts sind: der Kauf (tedjoret) und der Verkauf (bîj), das Pfand (rehen), die Gesellschaft (schirket), das Depositum (wedi'e), der Auftrag (mezoribe), das Testament (wesiyet), die Vormundschaft (weli), der Leihvertrag (arieh), die Schenkung (hibe), die Weihung (wäkf), der Mietvertrag (idjore), die Schuldobligation (deim), die Ehe (inkoh) und das Erbrecht (maudje-bote irth).

1. Der Kauf und der Verkauf.

Das persische Recht teilt die Sachen in drei Klassen. So gibt es solche, deren Verkauf verboten oder erlaubt ist, und solche, deren Verkauf gewisse Anschauungen nicht empfehlen.

Die Sachen, deren Verkauf verboten ist, sind „unrein“ (walar) ihrer Natur wegen, oder sind sie verboten, da ihr Zweck unzulässig ist, oder aber, da sie keinen Nutzen für die mohammedanische Gemeinde bringen.

So verbietet das persische Recht den Verkauf des Weins (scherab), der geistigen Getränke (irâk), des Biers (âb' dschaw),

aller Flüssigkeiten, welche infolge der Hineintauchung einer unreinen Substanz unrein geworden sind; weiter verbietet das persische Recht den Verkauf derjenigen Tiere, welche natürlich abgestorben waren; es ist auch verboten der Verkauf des Bluts (châwan) und des Mistes derjenigen Tiere, deren Fleisch man nicht ißt. Endlich verbietet das Recht den Verkauf des Schweins (châwak).

Das persische Recht verbietet auch noch den Verkauf anderer Sachen. Solche sind: die Instrumente, welche zur Zerstreuung dienen, wie die Leier, die Religionssachen der „Ungläubigen", wie das Kreuz (milib) und die Statuen (murat), die Spielzeuge, wie die Würfel (mischar) und das Schach (schotaradsch); weiter: diejenigen Sachen, welche zur Begehung einer verbotenen Handlung dienten, wie die den Feinden der Religion verkauften Waffen u. s. w.; gewisse Tiere, wie die Affen, der Bär, der Aal, etc.

Das Gesetz verbietet auch noch den Verkauf der Bilder und der Statuen, welche lebende Wesen darstellen.

Außerdem verbietet das Recht den Verkauf einiger Sachen. Solche sind: „diejenigen Sachen und Handlungen, welche die Ursache einer verbotenen oder bösen Handlung sein können," die Sachen, deren Ursprung unbekannt ist u. s. w.

Alle anderen Sachen können Gegenstand eines Kaufs sein.

Nach dem persischen Recht ist der Verkauf ein Vertrag (schorot námeh), welchem wechselseitige Zustimmung zu Grunde liegt und der die Uebertragung eines Vermögensobjekts durch dessen Eigentümer an dritte Personen gegen Empfang eines dafür ausbedungenen Ersatzes bezweckt.

Zur Gültigkeit des Verkaufs werden erfordert:

α) Die Erklärung gegenseitiger Einwilligung der Parteien.

Dieselbe wird mit durch das Gesetz vorbestimmten Worten erklärt, wie „ich verkaufe es" oder „ich willige ein".

Bei Stummen genügt es, daß sie ihre Zustimmung statt in Worten mit Zeichen ausdrücken.

β) Die Volljährigkeit der Parteien, welche den Vertrag binden.

Jeder von Unmündigen unter zehn Jahren abgeschlossene Handel ist — nach dem persischen Recht — ungesetzlich, wenngleich zum Abschluß dieses Vertrages die Genehmigung der Eltern vorlag.

γ) Der volle Besitz der Verstandeskräfte bei den Parteien.

Also sind ungesetzlich alle Handelsvereinbarungen solcher Personen, welche sich nicht in vollem Gebrauch ihrer Geisteskräfte befinden, wie der Wahnsinnigen, Blödsinnigen und der Betrunkenen.

Ebenso ist die Abschließung eines Vertrages auch mit solchen Personen nicht zulässig, welche von dem Werte der Gegenstände, über welche der Vertrag geschlossen wird, keine Kenntnis haben.

δ) Das Recht der Parteien, frei über sich zu verfügen.

Also sind die Verträge der Sklaven ohne Genehmigung ihrer Herren, der Frau ohne Einwilligung des Mannes und aller unter Vormundschaft stehenden Personen ohne Genehmigung der Vormünder ungültig.

ε) Das Eigentumsrecht an dem zu verkaufenden Gegenstande, sowie das freie Dispositionsrecht darüber.

Also muß der Verkäufer der Eigentümer selbst oder sein gesetzlicher Vertreter sein.

Die Personen, über deren Vermögen eine Vormundschaft oder ein Sequester verhängt ist, können keine Kauf- und Verkaufverträge schließen. Ohne Vollmacht oder Genehmigung des Eigentümers ist es nicht gestattet, einen Vertrag über fremdes Eigentum einzugehen; ist ein solcher Vertrag aber geschlossen, so muß derselbe auf Verlangen des Eigentümers der verkauften Sache sofort aufgehoben werden.

Wenn der Eigentümer beim Verkauf seines Eigentums gegenwärtig ist und denselben stillschweigend geschehen läßt,

so gilt das auf solche Weise zu stande gekommene Geschäft als gesetzlich.

War es indessen beiden Parteien bekannt, daß der Gegenstand ihres Vertrags ohne Einwilligung des Eigentümers veräußert wurde, oder, daß er der Disposition des letzteren unfreiwillig oder gewaltsam entzogen war, so wird der Vertrag aufgehoben und keiner der Parteien ein Recht auf Schadenersatz eingeräumt. Dieses Recht steht dem Käufer nur dann zu, wenn ihm unbekannt war, daß der Verkäufer bei seinem Geschäfte widergesetzlich handelte. In diesem Falle steht letzterer überhaupt für allen Schaden ein.

Werden zwei Gegenstände zusammen verkauft, welche verschiedenen Eigentümern gehören, von denen der eine hinterher die Einwilligung zum Verkauf seines Eigentums verweigert und dasselbe zurückverlangt, so hat der Käufer das Recht, entweder das ganze Geschäft zu annullieren oder die Sache des einen einwilligenden Eigentümers zu behalten, für das dem anderen protestierenden Eigentümer zurückgegebene Objekt aber Ersatz vom Verkäufer zu fordern.

Vermögensobjekte, welche nicht ungeteiltes Eigentum einzelner Personen ausmachen, können nicht Gegenstand des Handels sein. So sind ungesetzlich alle Kauf- und Verkaufverträge über Weiden, Flüsse, Seen, über Personen freien Standes und geweihte Gegenstände, mit Ausschluß derjenigen jedoch, welche zwar zu gottgefälligem Gebrauch geweiht, indessen, wenn sie nicht verkauft werden, der Zerstörung und Verderbnis ausgesetzt sind.

ζ) Die Uebergabe und Entgegennahme der verkauften Sache.

η) Die Gewißheit, daß die Sache durch die Gesetze nicht entzogen ist.

So ist der Verkauf einer Sklavin, mit welcher ihr Herr ein Kind gezeugt hat, solange dieses Kind lebt, unerlaubt. Aus demselben Grunde ist der Verkauf irgendwelcher Vermögensobjekte zu einem unerlaubten Gebrauch ungesetzlich.

Außerdem bezeichnet das persische Recht einige Sachen, welche man — im allgemeinen — nicht verkaufen kann. Solche sind: die freie Person; die Sachen, welche unbrauchbar (fakar) sind, wie die Assel, der Skorpion, der Wurm; die Absönderungen des menschlichen Körpers, wie das Haar (schor), der Nagel (tschanag); die aus dem Körper ausgegangenen Flüssigkeiten, ausgenommen die Milch der Frau; diejenigen Sachen, welche, bevor daran der Käufer Eigentumsrecht erworben hat, einer mohammedanischen Gemeinde gehörten; solche sind: das Viehfutter, das Wasser der Quellen, etc.

Die Bedeutung dieser Bestimmung besteht darin, daß die erwähnten Sachen nur Objekte eines Geschenks sein können.

ϑ) Genaue Bezeichnung des Objekts des Verkaufs, nach Quantität, Qualität und der Gattung.

Die Quantität muß nach Maß, Zahl oder Gewicht angegeben, die Qualität aber bestimmt und mit Pünktlichkeit bezeichnet sein.

Mangelt es an einem von diesen Erfordernissen, so ist der Vertrag nichtig.

Der Verkäufer ist verpflichtet, den zu verkaufenden Gegenstand zu zählen, zu messen und zu wägen. Der Käufer dagegen muß das Geld oder alles das, wofür er kaufte, zählen und wägen.

Der Verkauf in Bausch und Bogen, ohne das Verkaufte zu zählen oder zu messen, ist verboten.

Alles, was ein unteilbares Ganzes bildet, muß als solches verkauft und kann nicht zerstückelt werden.

Solche Gegenstände, welche ihrem Wesen nach als Bestandteile zum Ganzen gehören, werden mit zum verkauften Gegenstand gerechnet, wenn sie auch nicht besonders bezeichnet waren. Aus diesem Grunde gehören, wenn ein Haus verkauft wird, das Land, auf dem das Haus gebaut ist und die Nebengebäude mit zum verkauften Hauptgebäude; Türen und Schlösser, sowie die an der Hauptpforte befindlichen Bäume

gelten gleichfalls als Zubehör des Hauses, wenn nicht durch den Vertrag die Ausschließung dieser Gegenstände ausdrücklich bestimmt war.

Besteht aber das Haus aus zwei Stockwerken oder befinden sich beim Hause besondere von demselben unabhängige Gebäude, wie z. B. Badstube etc., so muß dieser Gegenstände im Vertrage besonders Erwähnung geschehen, denn diese sind in dem allgemeinen Begriff des Hauses nicht mit enthalten.

Beim Verkauf von Lebensmitteln hängt es von der Willkür des Käufers ab, ob er dieselben auf Probe oder, ohne diese, nach dem äußeren Ansehen kaufen will. Der Verkäufer braucht in die Probe solcher Gegenstände nicht zu willigen, welche durch das Kosten beschädigt oder gänzlich zerstört werden, wie z. B. Nüsse, Melonen. In solchen Fällen muß der Käufer sich von äußeren Anzeichen und der eigenen Kenntnis der Eigenschaften des Gegenstandes leiten lassen.

War aber die Probe ausbedungen und die Sache weist sich dabei als von guter Qualität aus, so muß der Käufer die der Probe unterzogene Sache mit dem Preise bezahlen, welcher für die Ware stipuliert war. Für den Fall, daß in Betreff des Ersatzes für den durch die Probe oder das Kosten verursachten Schaden nichts festgesetzt war, ist der Käufer verpflichtet, auch wenn er einen Mangel findet und daher nichts kauft, dem Verkäufer für den von ihm durch die Probe vernichteten oder beschädigten Teil der Ware Ersatz zu leisten.

ι) Pünktliche Angabe des Preises.

Der Preis muß bestimmt bezeichnet und in solcher Münze festgesetzt sein, welche in der Gegend, wo der Verkaufsvertrag abgeschlossen wurde, im Gebrauch ist.

Unerlaubt ist jeder Verkauf, bei dem der wirkliche Wert der Sache nicht angegeben ist; so sind z. B. die Auktionsverkäufe ungültig, weil dabei die Sache zu einem höheren Preise verkauft werden kann, als ihr Wert und als derjenige Vorteil beträgt, welchen gesetzlich anzunehmen erlaubt ist.

Zahlt der Käufer das Geld nicht in der Frist oder empfängt

es alsdann der Verkäufer nicht, so sind sie für alle Schäden und Verluste, welche hieraus entstehen, verantwortlich.

κ) Die Möglichkeit, aus dem Gegenstande des Kauf- und Verkaufvertrages Nutzen zu ziehen.

Also, kaufen und verkaufen soll man nur diejenigen Gegenstände, aus welchen irgend ein Nutzen oder Vorteil gezogen werden kann. So ist z. B. der Handel mit Mäusen u. s. w. verboten.

2. Das Pfandrecht.

Das Pfand (merhun) ist die Sicherung einer Schuld (karas), welche ein Schuldner (rahin) seinem Gläubiger (mürtehin) zur Sicherung der Forderung desselben, mit der Verpflichtung zur Zurückgabe nach erfolgter Bezahlung der Schuld, übergibt.

Das Pfand beweist erst die Existenz einer Schuld.

Die Erfordernisse des gültigen Pfandrechts sind:

α) Die Uebergabe der verpfändeten Sache an den Gläubiger.

β) Die Vorschrift, daß dem Gläubiger nicht das Recht eingeräumt werden darf, die verpfändete Sache im Fall der Nichtzahlung als Eigentum zu behalten.

γ) Daß ferner die Wirksamkeit des Pfandrechts nicht auf eine bestimmte Frist beschränkt, d. h. keine Stipulation eingegangen werden kann, wonach das Pfand nur bis zum Eintritt einer gewissen Frist als solches gelten und später nicht mehr als Pfand betrachtet, sondern dem Schuldner zurückgegeben werden soll.

δ) Derjenige, der ein Pfand vergeben will, muß freie Dispositionsbefugnis über sein Vermögen haben und das Pfandobjekt als unbeschränktes Eigentum besitzen. Das letztere selbst muß eine Sache sein, deren Verkauf und Gebrauch gesetzlich gestattet ist.

ε) Außerdem müssen die für den Rehen vorgeschriebenen Formalitäten beobachtet werden.

Der Pfandvertrag ist nichtig, wenn der Schuldner vor der Uebergabe davon absteht, oder wenn er seine Ver-

nunft oder den Gebrauch seiner Gefühle verliert oder wenn er stirbt.

Der Gegenstand des Pfandes soll fühlbar sein. Außerdem muß er so sein, daß man ihn rechtlich besitzen und verkaufen und tatsächlich übergeben könne.

Eine Forderung kann nicht Gegenstand eines Pfandes sein.

Dasselbe gilt für diejenigen Sachen, deren Gebrauch oder Eigentum den Mohammedanern verboten ist, wenn eine der Parteien oder wenn beide Parteien Mohammedaner sind, wenn auch das Depositum in den Händen eines Ungläubigen wäre.

Der Grund der Erde, welchen man mit Waffen erobert hat, kann kein Gegenstand eines Pfandes sein.

Dasselbe gilt auch für die Güter der toten Hand.

Im Gegenteil, ein abtrünniger Sklave und ein Sklave, wer ein vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen beging, kann zum Pfand dienen.

Man kann das Pfand erst nach der Feststellung der Schuld fordern, nicht aber vor derselben.

Das Pfand kann auch ratenweise gegeben oder gefordert werden.

Der Schuldner, der seinem Gläubiger ein Pfand geben will, muß großjährig und geistesgesund sein.

Das durch Nötigung erworbene Pfand ist nichtig.

Der Schuldner kann das Pfand nicht benutzen oder darüber verfügen, sei der Gegenstand des Pfandes ein Sklave oder eine Liegenschaft. Er kann dieselbe ohne Einwilligung des Gläubigers nicht vermieten.

Der Gläubiger muß für die Unversehrtheit des Pfandes einstehen und, solange dasselbe sich in seinen Händen befindet, die das Pfandobjekt treffende Beschädigung verantworten.

Dagegen muß der Schuldner für den Unterhalt des Pfandes sorgen; jedoch fallen die für die Sicherheit und Bewahrung der verpfändeten Sache zu verwendenden Mühen und Kosten auf den Gläubiger. Daß der Schuldner für den Unterhalt des

Pfandes sorgen muß, hat seinen Grund — nach den persischen Rechtsgelehrten — darin, daß die Früchte der verpfändeten Sache ihm zustehen; wie denn überhaupt derjenige, welchem die Früchte zukommen, die erforderlichen Kosten bestreiten muß.

Begeht ein zum Pfand gegebener Sklave ein vorsätzliches Verbrechen oder eine vorsätzliche Beleidigung wider eine Person, so geht das Recht der beleidigten Partei auf die Person des Sklaven dem Recht des Gläubigers vorher.

War das begangene Verbrechen unvorsätzlich und willigt der Herr in die Genugtuung der beleidigten Partei, — so bleibt der Sklave zum Pfand.

Begeht der Sklave ein vorsätzliches Verbrechen wider die Person seines Herrn, so muß er mit der durch das Gesetz vorgeschriebenen körperlichen Züchtigung gestraft werden. Jedoch bleibt er zum Pfande.

Das aus Wein bestehende und von einem Mohammedaner gesandte Pfand ist nichtig.

3. Die Gesellschaft.

Die Gesellschaft (schirket) ist die einzige und ungeteilte Gemeinschaft des Rechts verschiedener Personen.

Der Gesellschaftsvertrag ist ein Vertrag, nach welchem zwei oder mehrere Personen übereinkommen, einen gewissen Geldbeitrag oder einen gewissen Teil ihrer Waren zu einem gemeinsamen Kapitale oder einem gemeinschaftlichen Warenlager zu vereinigen, um damit in Gemäßheit getroffener Abmachung Handel zu treiben und Gewinn wie Verlust nach Verhältnis des Anteils eines jeden an der gemeinsamen Masse unter sich zu teilen.

Die Gesellschaft kann sich auf eine körperliche Sache, auf die Früchte einer Sache oder auf die Uebung eines Rechts beziehen.

Die Gesellschaft kann infolge einer Erbschaft, eines Vertrags, einer Vermögensmischung oder einer gemeinschaftlich vollendeten Arbeit entstehen.

Im letzteren Falle muß man es so halten, daß jeder ein Recht an den Früchten seiner Arbeit habe, ausgenommen, wenn die Summe der Arbeit jeder der Parteien vorausbestimmt war.

Eine infolge einer Vermögensmischung gegründete Gesellschaft existiert jedesmal, so oft die vermischten Güter voneinander nicht trennbar sind. In diesem Falle sollen die gemischten Sachen in Gattung und in Qualität identisch sein.

Keine Gesellschaft kann in Bezug auf den Lohn der Uebung zweier verschiedener Beschäftigungen stattfinden; z. B. wenn eine der Parteien das Handwerk des Schneiders, die andere aber das Handwerk des Webers ausübt.

Die Rechte der Mitglieder jeder Gesellschaft sind gleich.

Jedes der Mitglieder kann, wenn ihm es gut dünkt, zurücktreten; es kann auch um die Auflösung und die Liquidation der Gesellschaft bitten.

Die Teilung der Parteien hat zum Zweck die Bestimmung des betreffenden Rechts jedes Mitgliedes der Gesellschaft.

Die Teilung kann nur mit Einstimmung aller Mitglieder stattfinden.

Die gewöhnlichste Form der Gesellschaft ist — nach dem persischen Recht — der Vertrag in Beziehung auf gleichartige Gegenstände, insbesondere Waren, behufs des Handelsbetriebes.

Hierher gehört namentlich auch der Gesellschaftsvertrag zwischen den Söhnen rücksichtlich des vom Vater ererbten und noch nicht geteilten Vermögens, sowie der zwischen zwei oder mehreren Personen in Beziehung auf gemeinsam gekaufte und noch nicht geteilte Waren bestehende Gesellschaftsvertrag.

Zur vollen Rechtsgültigkeit des Gesellschaftsvertrages bedarf es:

α) der gegenseitigen Einwilligung der Parteien;

β) muß, wer sich bei einem Gesellschaftsvertrage beteiligen will, Vermögen besitzen;

γ) muß das Geld- oder Warenkapital, mit welchem die Handelsunternehmungen der Gesellschaft betrieben werden, in

seinen Bestandteilen ein gleichartiges und dergestalt zu einem Ganzen verschmolzen sein, daß die von jedem einzelnen Teilnehmer beigesteuerten Teile auf keine Weise mehr unterschieden werden können.

4. Das Depositum.

Der Vertrag des Depositum (wedi'e) ist eine Handlung, wodurch eine Person ihre Sache einer Anderen zur Aufbewahrung übergibt mit der Bedingung, für die Unversehrtheit derselben zu sorgen.

Die Vollendung des Vertrags findet durch Annahme des Antrags statt.

Der Antrag und die Annahme sollen in klar ausdrückenden Worten geschehen.

Die Annahme kann durch eine die Absicht des Verwahrers zeigende Handlung geschehen.

Die Annahme wird nicht präsumiert, wenn jemand die Sache in Anwesenheit einer anderen Person liegen läßt und wenn die letztere darin nicht eingewilligt hat.

Dasselbe gilt im Falle, wo eine Person zur Verwahrung einer Sache mit Gewalt gezwungen worden war.

Der Verwahrer der Sache ist zum Gebrauch derselben nicht berechtigt.

Die zur Aufbewahrung übergebene Sache muß dem Eigentümer auf dessen Verlangen sofort zurückgegeben werden, außer wenn es sich ergibt, daß die Sache selbst zu den ungesetzlichen gehört.

Der Verwahrer muß für die Unversehrtheit der ihm zur Aufbewahrung übergebenen Sache Sorge tragen, der Eigentümer ist dagegen verpflichtet, die auf die Sache verwendeten notwendigen Ausgaben zu ersetzen.

Der Verwahrer muß für die ihm zur Aufbewahrung übergebene Sache nach denjenigen Regeln und Gewohnheiten Sorge tragen, die dort, wo der Niederlegungsvertrag geschlossen ist,

üblich sind, wobei er sich überdies nach dem Wesen und der Bestimmung des Gegenstandes zu richten hat.

Die Verantwortlichkeit für die Unversehrtheit der Sache trifft in zwei Fällen den Verwahrer, nämlich für mangelhafte Sorgfalt und für Ueberschreitung des verliehenen Rechtes.

Im ersten Falle hat der Verwahrer weniger getan als er sollte, d. h. er hat nicht die Sorgfalt verwendet, welche er hätte anwenden müssen; im zweiten Falle aber hat er mehr getan, als ihm gestattet war, d. h. er hat die Sache zu seinem Vorteil benutzt oder dieselbe einem anderen ohne Einwilligung des Eigentümers übergeben.

Der Verwahrer ist nicht verantwortlich, wenn das Depositum ohne seinen Fehler verloren oder ihm infolge einer vis major weggenommen worden ist und wenn er zur Verhinderung des Verlustes oder der Wegnahme alles mögliche getan hat. Im Falle, wo der Verwahrer in dieser Verhinderung nachgelassen hat, wird er für die Sache verantwortlich.

Der Verwahrer ist zur Verteidigung der Sache nicht verpflichtet, wenn diese Verteidigung eine Beschädigung für sein Leben oder Leib oder Eigentum nach sich ziehen würde.

Der Vertrag wird durch den Tod oder die Geisteskrankheit oder die Blödsinnigkeit einer der Parteien sofort aufgehoben.

Besteht das Depositum aus Tieren, so ist der Verwahrer zur Nährung und Tränkung derselben verpflichtet.

Der Verwahrer ist verantwortlich, wenn er die Auslieferung der Sache dem Niederleger verweigert oder wenn er die Sache mit seinen eigenen Sachen vermischt.

Entsteht ein Streit rücksichtlich der Uebergabe einer Sache zur Aufbewahrung, so wird, wenn keine Zeugen vorhanden sind, der Verwahrer zum Eide zugelassen; falls er aber die Sache zwar zur Aufbewahrung erhalten zu haben nicht leugnet, jedoch behauptet, daß er sie mit Erlaubnis des Eigentümers einem anderen übergeben habe, so muß er zum Beweise einer solchen Einrede Zeugen stellen.

Kein Musulman (Schiite) darf irgend eine Sache Unmündigen oder Geisteskranken zur Aufbewahrung übergeben. Wenn diese selbst aber irgend etwas einer volljährigen und im vollen Gebrauch ihrer Verstandeskräfte sich befindenden Person zur Aufbewahrung übergeben, so ist diese Person für alle Folgen verantwortlich.

5. Der Auftrag [1]).

Der Auftrag (mezoribe) ist ein Vertrag, nach welchem jemand ein ihm gehöriges bares Kapital einem anderen zu dem Behufe übergibt, damit dieser mit solchem Handel treibe und der dadurch zu erzielende Gewinn unter ihnen, der Abmachung gemäß, verteilt werde.

Die Regeln des Auftrags sind die folgenden:

α) Das zum Auftrag hergegebene Geld muß in barem Gelde und in solcher Münze bestehen, welche dort, wo der Handel beabsichtigt ist, gangbar ist. Schuldobligationen oder ungemünztes Geld oder Silber dürfen nicht zum Auftrag gegeben werden.

β) Dem Auftrag muß ein Teil des Gewinnes als Vergütung zugesichert werden.

γ) Der der das Geld empfangenden Person gehörende Gewinnanteil muß genau bestimmt sein und kann auf jeden Bruchteil des Gewinnes festgesetzt werden.

δ) Wird der Auftragsvertrag, ehe irgend ein Gewinn erzielt ist oder der Handel begonnen hat, auf Verlangen des Aufträgers oder wegen Ungültigkeit des schriftlichen Vertrags aufgehoben, so muß der Aufträger für allen Schaden einstehen und außerdem dem Beauftragten für seine Mühewaltung als Mietlohn so viel zahlen, als bei Mieten zu der Zeit und an dem Orte, wo der Kommissionsauftrag geschlossen wurde, üblich ist.

ε) Der Eigentümer des Geldes ist berechtigt, in der Abmachung über den erteilten Auftrag die Frist festzusetzen, bis zu welcher dem Beauftragten der Handelsbetrieb übergeben

---

[1]) [Auftrag, zunächst im Sinne von Commenda. — Kohler.]

wird. Ebenso kann er den Ort und die Personen oder Völker bestimmen, wo und mit welchen er dem Beauftragten zu handeln gestattet und sogar mit welchen Waren namentlich er handeln soll. An diese Bedingungen ist der Beauftragte gebunden, führt aber im übrigen seine Handelsunternehmungen ganz nach eigenem Ermessen und der Eigentümer des Geldes darf sich nicht weiter in seine Anordnungen mischen.

Der Beauftragte muß alles unternehmen, was zur Vergrößerung des Kapitals dienen kann; jedoch ist er verpflichtet, bei seinen Operationen die Regeln und Gebräuche zu befolgen, welche am Orte seines Aufenthalts über den Handelsbetrieb bestehen.

ζ) Während des Auftragsvertrages erhält der Beauftragte vom Aufträger seinen Unterhalt, indem er zu demselben einen Teil des ihm vermittels des Auftrags anvertrauten Geldes verwendet, jedoch nur, wenn er selbst keine Mittel hat. Ist er aber vermögend, so darf er dem ihm Anvertrauten nur die Hälfte der Kosten seines Unterhalts entnehmen.

Der Beauftragte kann nur mit Einwilligung des Aufträgers sein Recht auf eine andere Person übertragen und die letztere muß dann alle ursprünglichen Bedingungen des Vertrags unweigerlich erfüllen.

η) Für den Verlust des Kapitales oder nachteilige Handelsoperationen ist der Beauftragte nicht verantwortlich, wenn er dabei von keiner Schuld getroffen wird.

ϑ) Stirbt der Beauftragte, so kann der Aufträger nur dann Ansprüche an dessen Nachlaß geltend machen, wenn er klar nachweist, daß der Verstorbene mit ihm einen Auftragsvertrag abgeschlossen hatte und daß die nachgelassenen Effekten mit dem Gelde des Aufträgers gekauft worden, das sich vorfindende Geld aber zu dem ihm anvertrauten Kapitale gehöre. Können diese Umstände nicht evident erwiesen werden, so gelangt der ganze Nachlaß an die Erben.

Beim Abschlusse dieses Vertrages müssen die Parteien ihre gegenseitige Einwilligung mit Worten ausdrücken, welche

die Absicht der einen, ihr Kapital zum Auftrag herzugeben, und der anderen, dasselbe zu diesem Zwecke zu empfangen, klar erkennen lassen.

Der Auftragsvertrag tritt mit der Uebergabe des Geldkapitales von seiten des Eigentümers an den Beauftragten und mit der Empfangnahme desselben durch letzteren in Wirksamkeit.

Vor Gericht haben nur die Verträge Geltung, welche den oben angegebenen Regeln gemäß abgeschlossen sind. Durch die Verletzung einer der wesentlichen Regeln wird der ganze Vertrag nichtig.

Bei einem Rechtsstreit über den wirklichen Abschluß des Auftragsvertrags oder über die Uebergabe des Geldes an den Beauftragten muß der Aufträger für seine Behauptungen Zeugen stellen, der Beauftragte aber wird zur Eidesleistung zugelassen.

Entsteht ein Streit über die Größe des dem Beauftragten zugesicherten Gewinnes, so muß dieser Zeugen stellen.

Mit dem Tode einer der Parteien hört der Auftrag auf, es sei denn, daß die Erben die Fortsetzung des Vertrages wünschen und die Erfüllung der Stipulationen des Auftrags übernehmen.

Der gemeine Auftrag ist eine Handlung, wodurch eine Person einer anderen die Macht über eine Sache oder über ein Recht in seinem Namen verfügen zu können, gibt.

Dieser Auftrag geschieht durch den gegenseitigen Antrag und die Annahme der Parteien.

Der Auftrag muß unter bestimmten Bedingungen geschehen, da der unter ungewissen Bedingungen geschehene Auftrag nichtig ist.

Derjenige Auftrag, welcher die ausführliche Bezeichnung der Sache nicht enthält, ist nichtig.

Die Vollendung des Auftrags ist fakultativ, d. h. die Parteien können davon zurücktreten.

Der Beauftragte (omil) kann in der Anwesenheit, sowie in der Abwesenheit des Aufträgers (sahibe) zurücktreten.

Der Aufträger kann den Auftrag nur unter der Benachrichtigung des Beauftragten zurückziehen.

Diejenigen Handlungen, welche der Beauftragte im Namen des Aufträgers vor der Benachrichtigung der Zurückziehung gemacht hat, sind gültig.

Mit dem Tode oder mit der Geisteskrankheit, oder mit der Blödsinnigkeit einer oder anderer der Parteien hört der Auftrag auf.

Dasselbe gilt im Falle, wo eine der Parteien das Bewußtsein verliert; weiter im Falle, wo der Gegenstand des Auftrags vernichtet geworden oder (der Sklave) gestorben ist.

Diejenigen Handlungen, welche nach der Absicht des Gesetzgebers durch jede großjährige Person persönlich zu vollenden sind, — können die Gegenstände keines Auftrags sein. Solche sind: die religiösischen Pflichten, das debitum conjugale, die Begehung einer strafbaren Handlung u. s. w.

Umgekehrt: jede Handlung, welche man nicht persönlich vollenden muß, — kann der Gegenstand eines Auftrags sein.

Also, die Gegenstände eines Auftrags können sein: der Kauf und der Verkauf, die Annehmung der Bezahlung einer verkauften Sache, das Pfand, der Handelsverkehr, die Uebertragung einer Schuld oder eines unkörperlichen Rechts, die Leistung einer Sache, die Gesellschaft, die Heirat u. s. w.

Der Aufträger muß großjährig und geistesgesund sein. Er muß im Genuß der freien Uebung derjenigen Rechte sein, welche er dem Beauftragten übertragen will.

Der von einer minderjährigen Person gegebene Auftrag ist nichtig.

Der Sklave kann ohne die Einwilligung seines Herrn keinen Auftrag geben.

6. Das Testament.

Das Testament (wesiyet) ist ein Rechtsgeschäft, vermittels dessen eine Person einer anderen einen Teil ihres Vermögens für den Todesfall zum Eigentum vermacht.

Das Testament ist erst dann gültig, wenn es mit Einwilligung beider Parteien gemacht worden ist.

Eine deutliche, allem Zweifel und Streit vorbeugende Bezeichnung der im Testament vermachten Gegenstände ist vor allem unbedingtes Erfordernis; Unklarheit und Unbestimmtheit in dieser Beziehung macht, wenn dadurch das Testament selbst geistlichen Personen unverständlich wird, dasselbe nichtig. Ist der Gegenstand zwar bekannt, aber über seine Quantität keine bestimmte Festsetzung getroffen worden, so muß dem Erben ein Sechstel des bezeichneten Gegenstandes ausgehändigt werden. Die gesetzliche Gültigkeit eines Testamentes oder eines darin ausgesetzten Legats wird nicht notwendig dadurch bedingt, daß der testierte Gegenstand zur Zeit der Testamentsexekution wirklich existierte; es wird nur erfordert, daß derselbe zur Zeit der Aufstellung des Testaments und bis zum Ableben des Erblassers wirklich vorhanden war.

Es muß die Gesetzmäßigkeit des testierten Gegenstandes selbst vorhanden sein.

Also ist ein Testament, in welchem Wein, Blut, Schweine oder andere gesetzlich unreine Gegenstände vermacht werden, völlig unwirksam.

Die testierten Sachen müssen dem Erben mit allem Zubehör übergeben werden. Ist z. B. ein Säbel vermacht worden, so gehört die Scheide auch dazu, etc.

Fremden Personen, mit Uebergehung der nächsten Verwandten, kann man nur ein Dritteil seines sämtlichen Vermögens vermachen, und es bleibt daher alles mehr Vermachte den gesetzlichen Erben, es sei denn, daß sie freiwillig ihre Einwilligung zur Abtretung alles dessen, worüber testiert ist, geben.

Ist nun hiernach testamentarisch einer Person ein Dritteil, einer anderen aber ein Sechstel vermacht worden, und weigern sich die Erben mehr als ein Dritteil abzutreten, so kommt bloß das erste Vermächtnis zur Ausführung, d. h. der

ersten Person wird das ihr vermachte Dritteil ausgekehrt, die andere aber erhält nichts.

Einen seiner Söhne ganz von der Erbschaft auszuschließen, ist zwar nicht erlaubt, jedoch wird im allgemeinen gestattet, Testamente zu errichten, welche mit Uebergehung näherer Verwandten, entfernteren irgend etwas eigentümlich zuwenden.

Testamente werden nach dem Tode des Testators vollstreckt, wobei hinsichtlich der im Testamente ausgesetzten Legate zu bemerken ist, daß dieselben, sofern sie nicht ein Dritteil der Erbschaft übersteigen, vor Teilung der Erbschaft unter den gesetzlichen Erben, jedoch nach Befriedigung der Schuldforderungen zur Auskehrung gelangen.

Ueber das durch Testament erworbene Vermögen kann jeder wie über volles Eigentum verfügen.

Der Verzicht des Bedachten während des Lebens des Erblassers zieht keine unwiderrufliche Entsagung nach sich, und der Erbe kann, wenn das Testament nicht verändert worden ist, die Erbschaft in Besitz nehmen.

Der Verzicht, welchen der Bedachte nach dem Tode des Erblassers und vor der Annahme des Legats gemacht hatte, zieht Entsagung nach sich.

Dasselbe gilt im Falle, wo der Bedachte das Legat nach der Auslieferung, aber vor der Annahme zurückgewiesen hatte.

Der Bedachte kann das Legat teilweise annehmen oder zurückweisen.

Das Recht, ein Legat anzunehmen oder zurückzuweisen, geht im Falle des Todes und der Nichterklärung des Bedachten auf seine Erben über.

Der Erblasser kann sein Testament in seinem Leben immer widerrufen, sei das Objekt desselben die Zuwendung einer Sache oder die Uebung einer Vormundschaft.

Diese Widerrufung kann ausdrücklich oder durch eine der vorigen Erklärung des Erblassers entgegengesetzte Handlung geschehen.

Die Widerrufung wird bewiesen, wenn z. B. der Erblasser

den Gegenstand des Legats verkauft oder verpfändet oder wenn er dasselbe vernichtet oder unbrauchbar macht.

Der Erblasser muß großjährig sein.

Kinder, welche das zehnte Lebensjahr noch nicht erreicht haben, dürfen unter keiner Bedingung testieren.

Der Erblasser muß vollen Gebrauch seiner Verstandeskräfte haben.

Also ungesetzlich sind die Testamente verrückter und schwachsinniger Personen, desgleichen auch die Testamente derjenigen, welche sich tödliche Wunden beigebracht haben und in der Zwischenzeit zwischen der Verwundung und dem Tode ein Testament errichten.

Der Erblasser muß das Recht über sich zu verfügen haben.

Also sind ungesetzlich die Testamente der Sklaven ohne Einwilligung ihrer Herren.

Endlich muß der Erblasser das Eigentumsrecht an dem Gegenstande und den Besitz desselben haben.

Außerdem ist noch zu bemerken:

Der Minderjährige, der sein zehntes Lebensjahr schon erreicht hat und der eine Unterscheidungsfähigkeit hat, — kann zu Gunsten seiner armen Verwandten ein Testament machen.

Das Testament eines Selbstmörders ist nichtig.

Die Vormundschaft eines Minderjährigen kann durch ein Testament nur seinen väterlichen Verwandten übertragen worden sein.

Das Legat kann in einer Sache oder im Gebrauche oder in der Nutznießung einer Sache bestehen.

Ein späteres Legat oder Testament läßt ein früheres untergehen.

Was den Erben betrifft, so ist nötig:

α) Die Erklärung der Einwilligung zur Empfangnahme des testierten Vermögens. Diese Einwilligung kann auch nach dem Tode des Testators erteilt werden.

β) Die deutliche Bezeichnung derjenigen Person, welcher eine Sache durch Testament eigentümlich vermacht wird.

γ) Der Erbe muß eine wirklich existierende Person sein, d. h. er muß mindestens zur Zeit der Testamentserrichtung leben und so beschrieben sein, daß die anderen Erben ihn ohne Mühe erkennen können. Verboten ist es deshalb auch, Verstorbenen und überhaupt nicht Existierenden etwas zu vermachen, während es anderseits gestattet ist, zu Gunsten von Kindern, die sich noch im Mutterleibe befinden, ein Testament zu machen. Desgleichen sind ungesetzlich Testamente zu Gunsten von Personen, deren Aufenthalt unbekannt ist, die sich verborgen halten oder vor der Testamentserrichtung gestorben sind, und es werden diese Personen vom Empfange des vermachten Vermögens deshalb ausgeschlossen, weil sie ihre Erklärung über Annahme des Vermögens weder persönlich noch durch Bevollmächtigte abgeben können.

Wenn jemand durch Testament einen Sklaven zum Eigentum erhält oder ihm laut Testament die Benutzung der Dienste desselben eingeräumt wird, so ist es Pflicht des Bedachten, auch die Sorge für den Sklaven zu übernehmen, ihn zu ernähren und zu kleiden.

In Beziehung auf die Errichtung des Testaments selbst ist zu beobachten, daß der Akt des Testierens, sowohl des schriftlichen als des mündlichen, vor zwei Zeugen männlichen Geschlechts geschehen muß; zwischen schriftlichen und mündlichen Testamenten findet in Betreff ihrer Wirkung ein rechtlicher Unterschied nicht statt.

Die Testamente sind überhaupt gesetzlich, und gültig, wenn sie unter Beobachtung der erwähnten Regeln errichtet worden sind.

Bei Streitigkeiten über alle Punkte, die sich auf die Gesetzlichkeit und Wirksamkeit der Testamente beziehen, gilt es als Regel, daß die sie bestreitenden und den Prozeß beginnenden Personen Zeugen stellen müssen.

Wenn indessen von seiten der Erben darüber Klage erhoben wird, daß, als sie fremden Personen die Uebernahme des denselben vermachten Vermögens gestatteten, sie in Unkenntnis

darüber waren, daß dieses den dritten Teil der ganzen Erbschaft übersteige, so wird den Erben zur Bekräftigung solcher Behauptung der Eid auferlegt.

Das Testament ist, solange der Erblasser lebt, ein veränderliches Rechtsgeschäft. Nach dem Tode des Erblassers aber, wenn beim Abschluß des Testaments alle Regeln beobachtet waren, wird dieses Rechtsgeschäft nach erklärter Einwilligung des Erben unabänderlich und kann von den Erben des Erblassers nicht aufgehoben werden.

7. Die Vormundschaft.

Das persische Recht kennt: α) natürliche, β) durch Testament geordnete und γ) von der Obrigkeit bestimmte Vormundschaft.

Der natürliche Vormunder ist aus dem Kreise der Blutsverwandten. Das Recht aber, eine solche Vormundschaft zu bestimmen, ist auf den Vater und Großvater beschränkt. Die Mutter ist kein natürlicher Vormund, kann aber testamentarisch mit Führung der Vormundschaft betraut werden.

Gibt es keinen natürlichen oder testamentarischen Vormund, so wird ein Vormund von der Obrigkeit bestimmt werden.

Die natürlichen Vormünder bedürfen keiner Ernennung noch Bestätigung; sie treten die Verwaltung des pupillarischen Vermögens nach dem Recht der Blutsverwandtschaft an.

Das Recht, Vormünder durch Testament zu ernennen, hat nur der Vater und der Großvater. Ernennt die Mutter jemanden zum Vormund ihrer Kinder, so hat ein solcher Vormund nur das Recht, ein Drittel des Vermögens zu verwalten.

Der Gouverneur ernennt alsdann den Vormund, wenn weder ein natürlicher noch ein testamentarischer Vormund vorhanden ist; auch tritt in dem Falle ein Vormund an die Stelle eines durch Testament ernannten Vormundes, wenn dieser sich als ein „unsittlicher und gottloser“ Mensch erweist.

Gleichermaßen nimmt der Gouverneur einem Wahnsinnigen,

schwer Erkrankten oder Verschwender die Vormundschaft ab und ernennt bis zur Wiedergenesung oder Besserung solcher Vormünder einen anderen Vormund.

Niemand darf zu einer Vormundschaft zugelassen werden, der nicht volljährig, mohammedanischen Glaubens, im vollen Besitz seiner Verstandeskräfte, von frommer und ordentlicher Führung und guten Rufes ist.

Ein Sklave darf ohne Einwilligung seines Herrn weder ein testamentarischer noch ein bestimmter Vormund sein.

Frauen können nur dann zu Vormündern bestellt werden, wenn keine geeigneten Männer vorhanden und wenn ihnen die Regeln des religiösischen Rechts bekannt sind.

Bei testamentarischer Ernennung von Vormündern müssen zwei männliche Zeugen gegenwärtig sein oder ihr Siegel dem schriftlichen Akte beidrücken.

Die solcherweise ernannten Vormünder müssen ihre Einwilligung zur Uebernahme der Vormundschaft erklären; die Ablehnung einer solchen Vormundschaft ist nur bei Lebzeiten des Erblassers gestattet; nach dessen Tode wird aber die Verpflichtung unabweislich.

Die Ernennung zum Vormund darf niemand ablehnen.

Sind zwei Vormünder für dasselbe Vermögen oder dieselbe Person ernannt, so müssen sie gemeinschaftlich handeln; es kann jedoch auch jedem einzelnen ein abgesonderter Teil zur Verwaltung übergeben werden.

Ist ein Vormund nicht im stande, seine Obliegenheiten allein zu erfüllen, so wird ihm vom Gouverneur eine andere Person zur Hilfe beigegeben.

Der Vormund darf nicht ohne Genehmigung des Gouverneurs sein Amt auf einen anderen übertragen.

Der Vormund muß auf das seiner Verwaltung anvertraute Vermögen dieselbe Sorgfalt wie auf sein eigenes verwenden; er ist dafür verantwortlich, wenn durch seine Schuld Schäden und Verluste entstehen und das Vermögen zerrüttet wird, weil er geeignete Maßregeln zu ergreifen unterlassen hat.

Der Vormund ist berechtigt, das unter seiner Verwaltung stehende pupillarische Vermögen zur Bezahlung seiner Schulden zu verwenden, er ist jedoch zur Zurückerstattung verpflichtet und für jeden Verlust verantwortlich.

Ein Anspruch auf bestimmte Vergütung für ihr Amt und ihre Mühewaltung steht den Vormündern nicht zu.

Dem Kazi liegt von Amts wegen die Oberaufsicht über die Vormundschaften im allgemeinen und die Wirksamkeit der Vormünder insbesondere ob.

Die Vormünder müssen über die Verwaltung des pupillarischen Vermögens genaue Rechnung führen. Während der Unmündigkeit des Pupillen wird von ihnen keine Rechenschaftsablegung verlangt, außer wenn der Gouverneur oder der Kazi von der Unzuverlässigkeit und unordentlichen Führung der Vormünder Ueberzeugung gewinnt.

Nach erlangter Mündigkeit hat der bisherige Pupille das Recht, vom Vormund genaue Rechenschaft über seine ganze Verwaltung zu fordern, und im Falle eines Streites muß der Vormund die Gesetzlichkeit seiner Handlungen vor Gericht beweisen.

8. Der Leihvertrag.

Der Leihvertrag (arieh) ist ein Vertrag, durch welchen eine Person eine ihr gehörige Sache einer anderen Person zur unentgeltlichen Benutzung, und um daraus Vorteil zu ziehen, überläßt mit der Verpflichtung, dieselbe Sache dem Eigentümer auf dessen Verlangen zurückzugeben.

Die Erfordernisse dieses Vertrags sind:

α) Die gegenseitige Einwilligung der Parteien.

β) Im Vertrage darf keine Zahlung verabredet werden, da entgegengesetztenfalles ein Mietvertrag abgeschlossen werden müßte.

γ) Gegenstand des Leihvertrages können nur solche Sachen sein, welche zum Gebrauch und zur Fruchtnutzung tauglich

sind, ohne dadurch unterzugehen; weshalb denn ein Leihvertrag z. B. über Eßwaren untersagt ist.

δ) Die verliehene Sache muß ihrem Wesen und ihrer Bestimmung gemäß gebraucht werden und die Art ihrer Benutzung den Gesetzen und Gewohnheiten des Landes entsprechen, wo der Leihvertrag geschlossen ist.

ε) Den infolge Leihvertrags Empfangenden trifft nur dann eine Verantwortlichkeit für das angeliehene Eigentum, wenn dasselbe durch seine Schuld oder Nachlässigkeit beschädigt oder vernichtet wird, oder wenn im Leihvertrage der Unversehrtheit der Sache und der Verantwortlichkeit dafür besondere Erwähnung geschehen ist.

ζ) Die Vorteile, welche der Entleihende aus der dargeliehenen Sache zieht, gehen in sein Eigentum über und er kann darüber nach Belieben verfügen.

η) Zur Zurückgabe der dargeliehenen Sache wird keine Frist festgesetzt; jedoch ist es gestattet, im Vertrage zu erwähnen, zu welchem Zweck namentlich und auf welche Weise der Leihende die Sache benutzen kann. Wird dies nicht beobachtet, so hat der infolge Leihvertrags Empfangende unbedingt für alle Beschädigungen der Sache einzustehen.

ϑ) Minderjährige und Geisteskranke dürfen keine Leihverträge eingehen.

ι) Die dargeliehene Sache kann vom Entleihenden nicht weiter verliehen werden, wenn der Eigentümer dies nicht ausdrücklich gestattet.

Bei Eingehung des Leihvertrags bedarf es außer der Erklärung der Annahme durchaus keiner weiteren Förmlichkeiten vor dem geistlichen Gericht und wird, da der Leihvertrag auf Vertrauen begründet ist, auch nichts Schriftliches über denselben aufgenommen.

Der Leihvertrag ist ein veränderlicher Vertrag und kann daher zu jeder Zeit nicht nur mit beiderseitiger Einwilligung der Parteien, sondern auch auf Verlangen einer derselben aufgehoben werden. Wenn die Sache dargeliehen ist, um aus

derselben Vorteil zu ziehen, und der Entleiher zu diesem Zweck irgendwelche Verwendungen gemacht hat, so ist er zwar verpflichtet, die Sache auf die erste Aufforderung des Eigentümers zurückzugeben, dieser muß jedoch dem Entleihenden allen Verlust ersetzen, der demselben aus der Zurückforderung der Sache vor Eintritt derjenigen Frist erwachsen kann, wo er aus derselben Vorteil ziehen konnte.

Wenn Streitigkeiten hinsichtlich des Leihvertrages entstehen, so muß der Entleihende in folgenden Fällen Zeugen stellen:

1. Wenn der Streit darüber obwaltet, ob die Sache nach Leihvertrag oder Miete vergeben ist.

2. Wenn der Verleihende behauptet, daß der Gegenstand des Leihvertrages durch Schuld des Entleihenden untergegangen ist.

Wenn dagegen über den Wert des untergegangenen Gegenstandes des Leihvertrages Streit entsteht, so muß der Entleihende Zeugen stellen, falls er die Eingehung des Leihvertrages nicht bestreitet, jedoch die Sache dem Verleihenden zurückgegeben zu haben behauptet. Den Wert der durch die Schuld des Entleihenden untergegangenen Sache bestimmt das Gericht nach den Preisen, welche zur Zeit des Unterganges der Sache gelten.

9. Die Schenkung.

Die Schenkung (hibe) ist ein Vertrag, vermittelst dessen eine Person einer anderen unentgeltlich einen Teil ihres Vermögens zu vollem Eigentum übergibt:

Es gibt drei Arten der Schenkung, und zwar:

α) Schenkung unter Verwandten;

β) Schenkung fremder Personen untereinander und

γ) Schenkung zwischen Herren und Sklaven, sowie zwischen Gläubigern und Schuldnern.

Der Schenkungsvertrag der ersten Art ist ein unveränderlicher und erfordert daher die Erklärung gegenseitiger Einwilligung bei Abschluß und Aufhebung.

Der Schenkungsvertrag der zweiten Art ist ein veränderlicher Vertrag, und wird nur in dem Falle unveränderlich, wenn die geschenkte Sache vom Beschenkten irgendeiner dritten Person abgetreten wird.

Zum Schenkungsvertrag der dritten Art bedarf es nicht notwendig der Erklärung der Einwilligung des Beschenkten.

Um den Schenkungsvertrag wirksam zu machen, wird verlangt:

1. Bei Schenkungen der ersten beiden Arten, die Erklärung gegenseitiger Einwilligung.

2. Daß der Schenkende bei Abschluß des Vertrages volljährig und bei vollem Verstande sei, sowie das Recht habe, über sich und sein Vermögen zu verfügen. Schenken kann der Schenkende indessen nur eine Sache, die er als volles Eigentum besitzt, weshalb alle Schenkungen solcher Teile von Sachen ungesetzlich sind, die von fremdem Eigentum nicht getrennt werden können. Man kann ferner jede Art von Sachen schenken, ohne daß die Quantität der Schenkung beschränkt wäre, wie denn endlich jeder Muselman sein Vermögen auf wen er will durch Schenkung übertragen kann.

3. Daß der geschenkte Gegenstand dem Beschenkten übergeben und von ihm entgegengenommen werde.

Die zu Gunsten von Unmündigen gemachten Schenkungen werden von den Eltern, als den natürlichen Vormündern, angenommen, wenn aber keine Eltern vorhanden sind, durch die bestellten Vormünder.

Eine förmliche Uebergabe wird indessen dann nicht verlangt, wenn die Sache einer Person, die dieselbe bei sich in Verwahr hatte, geschenkt wird.

4. Bei Schenkungen der Eltern an ihre Kinder wird angeraten, nicht dem einen vor dem anderen einen Vorzug zu geben.

5. Der Gegenstand der Schenkung muß zur Stelle sein, und der Schenkende muß zur Zeit der Ausführung der Schenkungshandlung, den Gegenstand körperlich besitzen. Deshalb

kann der Schenkende eine Schuldforderung nur derjenigen Person schenken, von welcher er zu fordern hat, nicht aber dritten Personen.

6. Wenn der Schenkende während einer Krankheit einen Schenkungsvertrag abschließt, so bleibt derselbe nach seiner Wiedergenesung bei voller Kraft; stirbt er aber infolge der Krankheit, in deren Verlauf er den erwähnten Vertrag schloß, so haben die Erben das Recht, zu ihren Gunsten mindestens zwei Dritteile der Erbschaft zurückzuhalten und brauchen höchstens ein Drittel derselben herauszugeben.

7. Unter einer Bedingung zu schenken oder eine Frist zu bestimmen, wenn die Schenkung wirksam werden soll, ist nicht gestattet.

8. Der Beschenkte muß genau bezeichnet sein. Wird aber eine Sache mehreren Personen geschenkt, so sind deren Rechte auf dieselbe, sei es beim Abschluß des Schenkungsvertrages selbst, sei es bei Uebergabe der Sache, deutlich festzustellen.

Schriftlich werden die Verträge nur bei Schenkung von Gegenständen bedeutenden Wertes abgeschlossen, in Betreff der mündlichen aber ist im allgemeinen zu bemerken, daß dieselben durchaus vor Zeugen geschlossen werden müssen.

Gesetzlich und gültig sind diejenigen Schenkungsverträge, welche unter Beobachtung der oben angeführten Regeln geschlossen wurden.

Bei einem Streite darüber, was namentlich geschenkt worden, wird, wenn der Gegenstand dem Beschenkten bereits übergeben ist, dem Schenkenden der Eid auferlegt.

Der unveränderlich gewordene Schenkungsvertrag kann nur mit gegenseitiger Einwilligung aufgehoben werden; jedoch ist in den unten angeführten sieben Fällen eine Aufhebung des Schenkungsvertrages überhaupt unstatthaft.

Man hat diese Fälle in der Art in ein Distichon[3]) ge-

---

[3]) In der arabischen, türkischen und persischen Rechtssprache findet man solche Versfiguren in großer Menge, insbesondere im Obligationenrecht.

bracht, daß man aus den Anfangsbuchstaben der die Hindernisse der Aufhebung des Schenkungsvertrages bezeichnenden Wörter das Schlußwort der folgenden zwei Verse gebildet hat:

We mone 'un min er-redju 'i fil-hibe,
Ya sahibi hiirŭfin zeme 'e chizkeh!

d. h. die Hindernisse zur Aufhebung des Vertrages bilden die Anfangsbuchstaben: ze — me — 'e — chi — z — ke — h.

Also:

1. Der Buchstabe sâ: ziodeti, die Vergrößerung, d. h. der Fall, wenn nach Empfang der geschenkten Sache, dieselbe sich in den Händen des Beschenkten vergrößert.

2. Der Buchstabe mîm: maut, der Tod, wenn nämlich der Schenkende stirbt.

3. Der Buchstabe 'ain: 'ewez, wenn dem Schenkenden etwas anderes dagegen geschenkt wird.

4. Der Buchstabe châ: churudj, wenn die geschenkte Sache vom Beschenkten durch Schenkung, Erbschaft oder andere Verträge in fremde Hände übergeht.

5. Der Buchstabe siâ: zeudsche, wenn das Geschenk unter Ehegatten gemacht worden ist. Ein solches kann nicht widerrufen werden.

6. Der Buchstabe gâf: kurbet, wenn bei der Schenkung der Ausspruch: kurbet en il Allahi gebraucht wird, d. h. daß sie aus frommem Antrieb Gott zum Wohlgefallen gemacht worden.

7. Der Buchstabe hâ: heloket, wenn die geschenkte Sache vernichtet worden, oder verloren gegangen, oder wenn der Sklave freigelassen worden ist.

10. Die Weihung.

Die Weihung (wäkf) ist ein Vertrag, mittels dessen jemand eine ihm gehörige Sache zu einer gewissen Benutzung oder irgend einer Person zu deren Gunsten weiht, ohne daß dieser jedoch das Recht der Veräußerung der Sache zustände.

Die Weihung ist entweder zu Gunsten der Kinder oder zu gemeinen Gunsten oder Gott wohlgefälligen Zwecken.

Zu der ersteren Art der Weihung gehört auch die Weihung, welche man zu Gunsten der Söhne allein macht.

Damit dieser Vertrag gültig zu stande komme, ist die Erklärung gegenseitiger Einwilligung, die Uebergabe des geweihten Gegenstandes und die Empfangnahme desselben erforderlich.

Die die Sache weihende Person muß mit deutlichen Worten erklären, daß sie den und den Gegenstand zu der und der Benutzung geweiht habe.

Diejenige Person, zu deren Gunsten die Weihung geschieht, muß ihre Einwilligung zur Entgegennahme der Sache mit dem Wort: „Ich willige ein“, erklären; jedoch genügt auch die einfache Entgegennahme der geweihten Sache zum Beweise der Einwilligung der vergunnten Person, welche jedenfalls als stillschweigend erfolgt, angesehen wird.

Die zur Gültigkeit des Weihungsvertrags erforderliche Annahme der geweihten Sache kann durch die begünstigte Person oder auch durch deren Bevollmächtigten geschehen.

Die zu einem Gott wohlgefälligen Zweck oder zu allgemeinem Gebrauch geweihte Sache nimmt der Imâm entgegen; ist ein solcher nicht vorhanden, das Haupt des Landes.

Es können nur solche Sachen geweiht werden, aus denen man irgendwelchen Nutzen ziehen kann, ohne sie durch die gewohnte Benutzung zu zerstören. Unzulässig ist daher die Weihung von Lebensmitteln, Früchten, von Kleidern zum täglichen Tragen etc.

Ebenso ist es nicht gestattet, solche Sachen zu weihen, welche die begünstigte Person entgegenzunehmen außer stande ist, z. B. Schuldforderungen etc.

Auch darf eine Sklavin, mit der ihr Herr Kinder erzeugt hat, nicht geweiht werden.

Der geweihte Gegenstand muß deutlich und bestimmt angegeben werden.

Ferner muß bei der Weihung einer Sache der Gebrauch derselben, welcher nur ein gesetzlicher sein darf, bestimmt werden.

Es ist verboten, irgend etwas zu Gunsten Ungläubiger zu weihen.

Beim Weihungsvertrage darf keine Frist für die Beendigung desselben festgesetzt werden. Daher kann ein geweihter Sklave niemals freigelassen werden und ein für geweiht erklärtes Grundstück bleibt, selbst wenn die darauf befindlichen Gebäude zerstört worden, unantastbar.

Die geweihte Sache darf weder verkauft, noch verpfändet, noch verschenkt, noch zur Morgengabe gegeben, mit einem Worte, auf keine Weise veräußert werden, es sei denn, daß die begünstigte Person vor dem Scheriagerichte mit klaren Gründen beweise, daß, wenn die geweihte Sache nicht veräußert würde, sie nicht nur Schaden erleiden, sondern völlig zerstört werden würde. In solchem Falle verfügt das Gericht den Verkauf der Sache.

Der Weihungsvertrag muß ohne Bedingung eingegangen werden; ausnahmsweise ist nur die Bedingung gesetzlich, daß, falls die weihende Person selbst verarmen würde, sie zur Aufhebung des Vertrages zu ihren Gunsten berechtigt sein solle.

Das Verfügungsrecht über die geweihte Sache steht dem zu, welchem sie geweiht worden ist; was aber zum allgemeinen Gebrauch geweiht worden, darf nicht von einer Person ausschließlich benutzt werden, auch von der weihenden Person nicht, welche sich jeder Anmaßung eines Vorrechts auf dieselbe enthalten muß.

Eine geweihte Sklavin darf nur an einen Sklaven verheiratet werden, damit sie nicht die Freiheit erlange, und die von ihrem Ehemann bestimmte Morgengabe, Mehr, erhält derjenige, zu dessen Gunsten sie geweiht ist; die aus solcher Ehe geborenen Kinder sind Sklaven der weihenden Person; bleibt aber die Sklavin unverheiratet und gebiert dennoch aus dem

Beischlaf mit einem Mohammedaner ein Kind, so gilt dies Verhältnis für ein Verbrechen, das Kind aber wird frei.

Die weihende Person muß, zur Gültigkeit des Vertrages, volljährig sein und das Recht haben, über sich und sein Vermögen zu verfügen, auch im vollen Besitz der Verstandeskräfte sich befinden und nicht schwerkrank sein.

Nur solche Sachen, an denen die weihende Person das zweifellose Eigentumsrecht hat, dürfen geweiht werden.

Hinsichtlich der begünstigten Person ist erforderlich:

α) Daß sie wirklich existiere und nachgewiesen werden könne. Es darf daher nicht schon gestorbenen oder noch nicht geborenen Personen geweiht werden; jedoch ist es gestattet, etwas einer bestimmten Person und deren noch nicht geborenen Erben zu weihen.

Gleichermaßen ist es ungültig, wenn einer verschollenen oder sich verbergenden Person etwas geweiht wird.

β) Daß die begünstigte Person deutlich bezeichnet. Wird einer ganzen Gesellschaft etwas geweiht, so hat jedes Mitglied derselben das Recht auf Benutzung der geweihten Sache. Ist bei der Weihung gesagt worden, daß die Sache allen Muselmanen geweiht sei, so darf jeder Rechtgläubige den geweihten Gegenstand benutzen, zu welcher Sekte er auch gehören mag.

γ) Daß die begünstigte Person freien Standes und zum Eigentumsbesitz berechtigt sei. Es ist daher eine Weihung zu Gunsten eines Sklaven ungesetzlich.

δ) Daß, wenn Sklaven oder Tiere geweiht worden sind, die begünstigte Person für dieselben sorge und sie unterhalte.

Der Weihungsvertrag wird durch Annahme des geweihten Gegenstandes gültig und kann nicht mehr aufgehoben werden.

11. Der Mietvertrag.

Der Mietvertrag (idjore) ist ein Vertrag, wodurch jemand eine ihm eigentümlich gehörige Sache auf eine bestimmte Frist einem anderen zur Benutzung und um daraus Vorteil zu er-

zielen überläßt oder diesem persönliche Dienste und Arbeiten zu leisten sich verpflichtet, wogegen der letztere für das Recht der Benutzung der Sache oder für die geleisteten Dienste eine Zahlung zu leisten hat.

Zur Miete persönlicher Dienste gehören auch alle Bestellungen bei Handwerkern.

Zur Gültigkeit des Mietvertrages sind erforderlich:

α) Die Einwilligung beider Parteien.

β) Beide Parteien müssen zum Besitz der Sache und zur Disposition darüber, sowie über ihre Person berechtigt sein. Ungültig sind daher die von Kindern und Geisteskranken eingegangenen Mietverträge; den ersteren ist jedoch gestattet, mit Genehmigung ihres Vormundes Mietverträge abzuschließen.

γ) Die Dauer der Miete und die dafür zu entrichtende Vergütung muß genau und deutlich bestimmt sein.

Bei der Miete von Sachen muß die Endfrist jedenfalls festgesetzt werden; bei der Miete persönlicher Dienste hängt dies jedoch von den Parteien ab.

Der Lohn oder die Zahlung muß, wenn irgend möglich, in bestimmtem Betrage, nach Zahl, Gewicht oder Maß bestimmt sein.

δ) Bei Abschließung des Mietvertrages muß bestimmt werden, zu welchen Zwecken die vermietete Sache oder die verdungenen persönlichen Dienste verwendet werden sollen. Benutzt der Mieter die Sache anders als abgemacht worden, so haftet er für allen hieraus möglicherweise erwachsenden Schaden und muß außerdem dem Vermieter die vertragswidrige Benutzung der Sache besonders vergüten.

ε) Der Mieter muß in den Besitz der gemieteten Sache gesetzt und ihm die Möglichkeit gegeben werden, aus derselben Vorteile zu ziehen. Daher ist der Vertrag über die Miete eines entlaufenen Sklaven oder überhaupt einer nicht zur Stelle befindlichen Sache ungültig.

ζ) Es darf eine Sache nur zur Gewinnung eines vom Gesetz gestatteten Vorteils aus derselben vermietet werden. So

ist z. B. die Vermietung eines Ladens zum Verkauf von Wein ungültig und gesetzwidrig.

η) Zieht der Mieter gar keinen Vorteil aus der gemieteten Sache, so befreit ihn dieses nicht von der Zahlung des ausbedungenen Mietpreises, während ihm dagegen aller gesetzliche Gewinn zufällt, den er im Laufe der verabredeten Zeit aus der gemieteten Sache zu ziehen vermag.

ϑ) Der Mieter ist zum Unterhalt der von ihm gemieteten Sklaven und Tiere verpflichtet.

ι) Der Mieter haftet für die Unversehrtheit der gemieteten Sache; indessen wird er von dieser Verantwortlichkeit befreit, wenn die Sache ohne seine Schuld während der verabredeten Mietfrist beschädigt oder vernichtet wird, oder wenn er noch gar nicht in den Besitz der Sache gelangt war. Hat er aber die Sache nach Ablauf der Mietzeit nicht zurückgegeben und nimmt sie dann Schaden oder wird sie vernichtet, so ist er ersatzpflichtig.

κ) Der Mieter darf die Sache weiter an einen anderen vermieten, wenn dies im Mietvertrage nicht ausdrücklich untersagt ist. Ersterer bleibt aber jedenfalls dem Vermieter für die Unversehrtheit der Sache verantwortlich.

Auch darf er die Sache für einen höheren Preis weiter vermieten als er selbst zahlt.

λ) Eine Frau darf sich nur mit Genehmigung ihres Ehemannes als Amme vermieten. Hierbei kommen die aus der nahen Verwandtschaft durch die Amme entspringenden Verwandtschaftsverhältnisse in Betracht.

μ) Der Handwerker, welcher eine bei ihm gemachte Bestellung übernommen hat, muß die in der Abmachung festgesetzte Frist einhalten und dem Besteller gerecht werden. Fertigt er das Bestellte nicht an oder verpfuscht er es, so haftet er für allen hieraus entstehenden Schaden.

ν) Die beiderseitige Einwilligung muß in den folgenden Worten ausgedrückt werden. Der Vermieter sagt: „Ich habe dir die und die Sache zu dem und dem Zwecke vermietet“,

oder aber, „ich habe mich dir zu dem und dem Zwecke vermietet.“ Der Mieter sagt hierauf: „Ich habe zur Miete empfangen“. Die außerdem erforderliche Festsetzung der Bedingungen über die Dauer des Vertrages, die Zahlung und die Art und Weise der Benutzung erfolgt entweder schriftlich durch das Gericht Scheria oder mündlich in Zeugengegenwart.

Der Mietvertrag gilt vor dem Gericht Scheria nur dann als rechtsbeständig, wenn von den beteiligten Personen alle vorgeschriebenen Regeln beobachtet worden sind; insbesondere muß die beiderseitige Einwilligung in bestimmten und deutlichen Ausdrücken erklärt worden sein.

Im Fall eines Rechtsstreites über die Zahlung des Mietpreises für die Sache oder die geleisteten Dienste, muß der Vermieter Zeugen stellen, der Mieter aber wird zur Ableistung des Eides zugelassen.

Bezieht sich der Prozeß auf anderweitige Bedingungen des Mietvertrages oder auf die Rückgabe der vermieteten Sache, so wird der Vermieter zum Eide zugelassen.

Entsteht ein Rechtsstreit darüber, was namentlich bei einem Handwerker bestellt worden ist, so muß dieser zum Beweise seiner Behauptungen Zeugen stellen, weil anzunehmen ist, daß der Besteller besser wisse, was er hat bestellen wollen.

Bei der Miete persönlicher Dienste oder Arbeiten haben nach dem Tode des Mieters seine Erben das Recht auf die Dienste oder Arbeiten des Vermieters bis zum Ablauf der festgesetzten Frist.

Der Mieter hat nur dann das Recht, die gemietete Sache zurückzugeben und den Mietvertrag aufzuheben, wenn er nach Empfangnahme der ihm als fehlerlos und unversehrt zu übergebenden Sache Mängel oder Beschädigungen an derselben entdeckt. Die Ausübung dieses Rechtes ist an keine bestimmte Frist gebunden, jedoch muß der Mieter sofort nach Entdeckung der Mängel die Aufhebung des Vertrages verlangen. Unterläßt er dieses und behält er die Sache, so verliert er das Recht der Rückgabe.

Dieselben Grundsätze gelten auch bei dem Mietvertrage über persönliche Dienste, wenn nämlich derjenige, der sich verdungen hat, sich in der Folge als zur Leistung der übernommenen Dienste unfähig erweist.

12. Darlehen.

Das Darlehen (deim) ist — nach dem persischen Recht — ein Darlehen von Geld oder Sachen ohne irgendwelche Vergütung und nur unter der Verpflichtung Sachen von demselben Wert und in derselben Quantität zur festgesetzten Frist zurückzugeben.

Die hierauf beziehenden Regeln sind;

α) Geld oder Ware ohne besonders Bedürfnis anzuleihen ist verboten.

β) Sich Renten oder irgend einen anderen Vorteil vom Gläubiger auszubedingen, ist beim Geld- oder Sachendarlehen untersagt; es darf immer nur so viel zurückgegeben werden, als genommen wurde; übrigens ist es dem freien Willen des Schuldners anheimgestellt, dem Gläubiger für den zeitweiligen Besitz von dessen Eigentum einen Ersatz zu geben oder nicht. Immerhin aber darf über diesen Ersatz keine Stipulation in den Vertrag aufgenommen werden.

γ) Es hängt von der Willkür des Gläubigers ab, an Stelle der von ihm gegebenen Gelder oder Waren Vermögensstücke anderer Art, jedoch von gleichem Werte zu empfangen. Willigt der Gläubiger aber nicht in eine solche Vereinbarung, so muß der Schuldner unabweislich ihm Sachen derselben Quantität und Qualität zurückgeben.

δ) Der Wert der zurückzugebenden Sache wird nach den Preisen bestimmt, welche zur Zeit der für die Rückgabe festgesetzten Frist bestehen.

ε) Für die nicht zur Frist gezahlte Schuld haftet der Schuldner mit seinem ganzen Vermögen, beweglichem wie unbeweglichem, ja selbst mit demjenigen Teile seines Vermögens,

welcher sich laut eines Gesellschafts- oder sonstigen Vertrages in Händen irgend einer anderen Person befindet, sofern dieser nur nicht das ausschließende Recht über das Vermögen nach jenen Verträgen zustand. Weigert der Schuldner sich hartnäckig zu zahlen oder wird er zahlungsunfähig, so hängt es von der Willkür des Gläubigers ab, aus welchem schuldnerischen Vermögensteil er seine Forderung befriedigt zu sehen wünscht. Außerdem hat der Gläubiger auch das Recht, die persönliche Haft des Schuldners zu verlangen. Doch kann der Schuldner nicht gezwungen werden, neue Schuldobligationen einzugehen, um die früheren zu bezahlen.

Eine andere Form der Schuldobligation liegt vor, wenn jemand einem anderen Geld oder andere zur Kategorie der nach dem Scheria gestatteten Sachen mit der Bedingung übergibt, statt derselben nach Ablauf einer festgesetzten Frist andere bestimmt bezeichnete Sachen zu erstatten, doch mit einem Vorteil für den Verkäufer, d. h. in einem größeren Umfange oder Wertbetrage als der Schuldner empfangen hat.

Die Regeln dieses Vertrages sind:

α) Die zur Tilgung dieses Vertrages bestimmten Gegenstände dürfen nicht von derselben Qualität wie die dem Schuldner übergebenen Gegenstände sein, denn in diesem Falle verliert diese Schuldobligation ihren Charakter und wird eine obengehandelte Obligation, wo alsdann keinen Vorteil zu nehmen erlaubt ist.

β) Die Sache, welche nach dieser Obligation zur Zahlung der Schuld bestimmt ist, darf vom Schuldner nicht vor Ablauf der Zahlungsfrist veräußert werden. Nur in dem Falle ist dies gestattet, wenn nach Eintritt der Frist zur Zahlung der Gläubiger die Entgegennahme verweigert.

γ) Für Uebergabe und Entgegennahme der nach dieser Obligation zu liefernden Gegenstände kann vertragsmäßig ein Ort bestimmt werden. In diesem Falle kann eine abändernde Verfügung hierüber nicht anders getroffen werden als mit gegenseitiger Zustimmung.

δ) Wenn dieser Vertrag in Gegenwart mehrerer Personen abgeschlossen wird, so muß der Gläubiger dem Schuldner die darzuleihenden Gelder oder Waren einhändigen, bevor noch jene Personen auseinandergehen.

Alle diese Schuldobligationen werden gewöhnlich schriftlich vollzogen unter Beidrückung der Siegel der Zeugen; sie können jedoch auch mündlich eingegangen werden, sobald die Uebereinkunft in Gegenwart mehrerer Personen geschieht und die Uebergabe des Darlehens vor Auseinandergehen derselben stattfindet.

Wenn über diese Schuldobligationen ein Rechtsstreit entsteht, so werden die Aussagen der beim Vertrage beteiligten Personen eidlich erhärtet, und zwar schwört der Gläubiger, wenn er über Nichterfüllung des Vertrages von seiten des Schuldners klagt, der Schuldner aber, wenn er zwar die wirkliche Empfangnahme des Geldes einräumt, jedoch vor Auseinandergehen der Personen, in deren Gegenwart die Schuldobligation eingegangen war, es zurückgegeben zu haben behauptet.

Weigert sich der Schuldner einen gesetzlich abgeschlossenen Darlehensvertrag zu erfüllen, so kann er von dem Landesherrn durch Zwang dazu angehalten werden.

13. Die Ehe.

Die Ehe (nikoh) ist — nach dem persischen Recht — ein zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts nach den Regeln des Scheria abgeschlossener Vertrag, welcher die eheliche Beiwohnung zum Zweck hat.

Die Ehe ist dreierlei Art:

α) Die beständige Ehe (nikoh doim);

β) Die zeitweilige Ehe (nikoh münküt 'e);

γ) Die Ehe und die sexuelle Vereinigung mit Sklavinnen (nikoh kenizon).

Wer heiraten will, „muß eine solche Frau suchen, welche gesetzlichen Geburts und Jungfrau ist und welche Fruchtbarkeit und Keuschheit hat“, sagen die Rechtsgelehrten.

Darüber, daß die zur Ehefrau Erwählte die obenerwähnte Eigenschaft besitze, muß man sich durch seine Anverwandten Ueberzeugung verschaffen.

Der Mann kann seine Braut beschauen, d. h. ihr Gesicht und ihre Hände besehen, ja auch ihr Haar und ihren Leib, soweit solcher durch die Kleider sichtbar ist. Es wird dies jedoch nur in dem Falle gestattet, wenn der Mann in der Tat die Absicht hat, sich zu verheiraten; entgegengesetzten Falles wird diese Handlung als ein Verbrechen (d. h. Ehebruch mittels der Augen) angesehen.

Zur beständigen Ehe sind nötig:

α) Die Einholung der Zustimmung.

Außer der bei Abschluß der Ehe selbst zu erklärenden gegenseitigen Zustimmung ist noch die vorläufige Einwilligung der in die Ehe tretenden Frauensperson erforderlich. Diese Einwilligung können nur volljährige und im vollen Besitz ihrer Verstandeskräfte befindliche Personen erklären. Die Jungfrauen dürfen indessen ihre Zustimmung durch bloßes Schweigen auf den Antrag zu erkennen geben, wenn sie nur bei der Stellung des Antrages nicht zu weinen anfangen oder sich das Gesicht mit den Händen bedecken oder fortlaufen; eine Frau aber muß ihre Einwilligung jedenfalls durch Worte erklären.

Durch letztwillige Verfügung kann man nur solche Töchter zur Ehe geben, welche schwachen Verstandes sind und daher nicht selbständig über sich verfügen dürfen. Ein ungläubiger Vater oder Großvater kann in keinem Falle über seine zum Islam gehörige Tochter oder Enkelin Verfügung treffen.

β) Die Gewißheit, daß keine Ehehindernisse vorliegen.

Diese Hindernisse sind:

1. Die nahe Blutsverwandtschaft (neseb);

2. Die Verwandtschaft durch die Amme (rizo 'e);

3. Die Schwägerschaft (müsohire);

4. Das Vorhandensein der festgesetzten Anzahl der Frauen (istifo 'adet);

5. Das Aussprechen des Fluches (le 'on);
6. Die Ungläubigkeit (küfr).

Wegen naher Blutsverwandtschaft ist die Ehe in folgenden Fällen untersagt:

1. Mit den gesetzlichen Aufsteigenden und Aufsteigenden in derselben Linie.
2. Zwischen Stiefbrüdern und Stiefschwestern.
3. Zwischen Onkel und Nichte.
4. Zwischen Tante und Neffe in irgendwelcher Linie.

Das Verbot bezieht sich erst auf die gesetzliche (dschajaz) Verwandtschaft, d. h. auf die infolge eines gesetzlichen Geschlechtsverkehrs oder infolge einer irrigen Vereinigung entstandene Verwandtschaft.

Die natürliche Geburt bildet keine gesetzliche Verwandtschaft und das natürliche Kind ist nicht gesetzlich anerkannt; jedoch darf niemand mit seinem natürlichen Kinde und dessen Abkömmlingen in die Ehe treten.

Eine Verwandtschaft durch die Amme (d. h. durch die sogenannte „Verwandtschaft von Milch") findet statt:

α) Wenn das Kind in der Tat fähig war, sich an der Brust der Amme zu ernähren.

β) Wenn es in solchem Falle im Laufe seiner beiden ersten Lebensjahre fünfzehnmal an der Ammenbrust gesogen hat und jedesmal satt geworden ist.

γ) Wenn das Kind sich von unmittelbar aus der Ammenbrust geflossener Milch ernährt hat.

Die bei der Frau zufällig und nicht in Lage von Schwangerschaft kommende oder aus einer ungesetzlichen Vereinigung entstandene Milch bildet zwischen dem gesäugten Kind und seiner Säugerin kein Ehehindernis.

Es ist die Ehe in der Verwandtschaft durch die Frauen in der aufsteigenden und absteigenden Linie verboten, und ebenso den Verwandten des Mannes, den Söhnen und dem Vater desselben nicht gestattet mit der Frau des Vaters oder der eines der Söhne eine Ehe einzugehen.

Zwei Schwestern zu gleicher Zeit zu Frauen zu haben, wird nicht erlaubt. Will jemand mit der Schwester seiner Frau in die Ehe treten, so muß er dieser zuvor einen Scheidebrief geben. Ist jemand dennoch mit einer Schwester seiner Frau in die Ehe getreten, so ist die letztere Ehe ungültig. Hat ein Mann zu gleicher Zeit Ehen mit zwei Schwestern abgeschlossen, so sind beide Ehen unwirksam.

Die Nichte der Frau zu heiraten, ist nur mit Zustimmung der letzteren gestattet.

Die Ehelichung einer Frauensperson, mit deren Verwandten der Mann in unerlaubtem Umgange gestanden, ist verboten; dagegen ist die Ehe eines Mannes mit einer Frau, mit welcher er vorher unerlaubten Umgang gehabt, nur dann gestattet, wenn die Schuldigen ihre Sünde bekannt haben und sich der festgesetzten Strafe unterwerfen. Wenn aber einer der Eheleute einen unerlaubten Umgang nach schon vollzogener Ehe pflegt, so wird dieselbe nicht annulliert, sondern dem schuldigen Teil für den Ehebruch eine besondere Strafe auferlegt.

Die beständige Ehe darf man nur mit vier Frauen eingehen; zeitweilige Ehen aber und Ehen mit Sklavinnen kann man ohne alle Beschränkung der Zahl schließen.

Unter den zur beständigen Ehe genommenen Frauen dürfen nur zwei Sklavinnen sein, welche dann mit den zwei Frauen freien Standes die gesetzliche Zahl von vier Frauen ausmachen.

Es ist nicht gestattet, die Ehe mit Frauen zu erneuern, über welche man den Fluch[4]) ausgesprochen hat.

Den Mohammedanern ist nicht gestattet mit Ungläubigen eine Ehe einzugehen; nur mit Weibern christlicher (kibschawi), jüdischer (wanamad) oder magischer Religion ist die zeitweilige Ehe erlaubt.

Diese Ehe ist aber nur als zeitweilige Ehe gestattet.

Zu der Handlung vor Abschließung der Ehe gehört auch noch die Werbung (namazad kardân), welcher Gebrauch unter

---

[4]) Siehe unten.

Beobachtung aller bei der Schließung der Ehe selbst zu befolgenden Regeln vollzogen wird, nur mit dem Unterschiede, daß die sich verlobenden Personen sich nicht selbst dabei beteiligen, sondern dies Bevollmächtigten überlassen und daß nach der Bewirtung alle Teilnehmer auseinandergehen.

Die Werbung kann nur mit gegenseitiger Zustimmung aufgehoben werden. Sie kann entweder schriftlich oder durch Bevollmächtigte ausgeführt werden.

Bei Abschließung der Ehe sind erforderlich:

α) Die Erklärung der gegenseitigen Zustimmung in Gegenwart zweier Zeugen.

Bei Vorhandensein der allgemeinen Erfordernisse für die Zustimmungserklärung, d. h. der Volljährigkeit, des vollen Besitzes der Verstandeskräfte, kann die Einwilligung auch durch Bevollmächtigte erklärt werden, welche die Tatsache der Bevollmächtigung durch zwei Zeugen bekräftigen müssen.

Die natürlichen Bevollmächtigten des weiblichen Geschlechts in Beziehung auf den Ehevertrag sind der Vater, der Großvater und die männlichen Aszendenten überhaupt; für die Sklavin ist der Bevollmächtigte noch eine Vormünderin, jedoch kann ihr eine besondere, auf diesen Gegenstand bezügliche Vollmacht erteilt werden.

Die Volljährigkeit wird bei den Männern mit Vollendung des fünfzehnten, bei den Frauen mit Vollendung des neunten Lebensjahres angenommen.

Volljährige Frauenspersonen können ihre Einwilligung zur Ehe ohne Zustimmung der Eltern erteilen. Die Sklavinnen aber dürfen ohne Erlaubnis ihrer Herren ihr Zustimmung nicht zu erkennen geben.

β) Die Vollziehung zweier Gebete vor Abschließung des Ehevertrages.

γ) Die Abschließung des Ehevertrages vor einer geistlichen Person mit einer mündlichen Verbindlichkeitserklärung und mit Angabe der Morgengabe und der Zeugen, welche bei der Abschließung des Aktes zugegen gewesen.

Der von den die Ehe schließenden Personen oder ihren Bevollmächtigten zur Abschließung des Ehevertrages erwählte Geistliche nimmt zuerst die Erklärung der gegenseitigen Zustimmung entgegen und bestimmt genau den Betrag der Morgengabe in Geld oder Sachen und der Mitgift in Kleidern und spricht endlich eine Lobpreisung des Propheten und fertigt endlich den Ehevertrag nach einem Formular aus.

Der Geistliche erhält eine Vergütung von dem Manne, von der Frau darf er nichts fordern.

δ) Die Gegenwart von zwei oder mehr Zeugen.

ε) Es ist zu beobachten, daß die Frau bei herannahender Nacht sich in das Haus des Mannes begebe und daß nach astronomischer Berechnung die Sonne sich nicht im Zeichen des Krebses befinde.

ζ) Nach der Abschließung des Ehevertrages und vor Vollziehung der ehelichen Beiwohnung muß eine Bewirtung der Gäste, Veranstaltung von Lustbarkeiten und Verteilung von Almosen für fromme mohammedanische Leute stattfinden.

η) Nach dem Eintritt der Frau in das Haus des Mannes werden einige Gebete vollzogen.

ϑ) Es ist nicht gestattet, die nach den Scheriavorschriften erforderlichen Gebräuche behufs schnellerer Vollziehung der Ehe abzukürzen.

Das persische Recht bestimmt strengstens die Rechte und die Pflichten beider Eheleute.

Der Mann ist verpflichtet, das Weib zu ernähren und ihr Kleidung und Wohnung zu geben.

Die Frau muß ihrem Manne gehorsam sein, seine Befehle erfüllen und darf seinen Anordnungen nicht widersprechen noch entgegenhandeln. Ueberhaupt ist die Frau verpflichtet, alles dasjenige zu vermeiden, was aus irgend einem Grunde dem Mann unangenehm sein könnte. Während sie den Befehlen und Wünschen des Mannes nachkommt, sorgt sie zugleich durch selbständige Anordnungen für die Unversehrtheit seines Vermögens und des ganzen Hauses.

Der Mann hat das Nutznießungsrecht an dem ganzen Vermögen der Frau und diese ist nicht befugt, ohne die Einwilligung des Mannes über mehr als ein Dritteil ihres Vermögens zu verfügen.

Die Frau hat — ohne Erlaubnis des Mannes — kein Recht, irgendwelche Verträge abzuschließen, auch ist ihr im allgemeinen verboten, ihr Haus ohne dringende Veranlassung zu verlassen.

Wer nur eine Frau hat, der muß von vier Nächten eine bei ihr zubringen, kann über die übrigen nach seinem Belieben verfügen; hat aber jemand vier Frauen, so muß er bei jeder von ihnen eine Nacht zubringen. Hiervon ist übrigens die Zeit ausgenommen, wo der Mann krank ist oder sich auf Reisen befindet.

Hinsichtlich des Zubringens einer jener vier Nächte wird indessen unbedingt nur erfordert, daß der Mann sie bei der Frau zubringe, ohne daß gerade eine eheliche Beiwohnung stattfinde.

Der Frau ist es anheimgestellt, den Mann von der ihr bestimmten Nacht zu entbinden, welchenfalls er sie zubringen kann, wo er will. Ebenso ist es einer Frau gestattet, ihre Nacht zum Besten einer der anderen Frauen abzutreten, wozu übrigens die besondere Einwilligung des Mannes erforderlich ist.

In der für die eine Frau bestimmten Nacht hat der Mann nicht das Recht, vorher andere Frauen zu besuchen, ausgenommen die kranken, was sogar vorgeschrieben ist.

Jede Frau ist berechtigt, vom Manne zu verlangen, daß er alle vier Monate einmal den Beischlaf mit ihr vollziehe.

Das persische Recht verbietet den Beischlaf: 1. während der monatlichen Reinigung und nach der Geburt; 2. während der Abgeschiedenheit der Frau vom Manne [5]).

Es gibt Fälle, in welchen die Rechtsgelehrten die Beiwohnung nicht raten.

---

[5]) Siehe unten S. 396.

So: 1. Während einer Sonnen- oder Mondfinsternis [6]).

2. Vor dem Sonnenaufgang oder Untergang, solange Morgen- oder Abenddämmerung sichtbar ist.

3. In der auf den ersten Tag des Monats folgenden Nacht, den Ramazan ausgenommen.

4. In der Nacht der Monatsmitte.

5. Auf der Reise, wenn keine Waschung möglich.

6. Während eines Orkans, starker Stürme, eines Erdbebens, Gewitters etc.

7. Während einer Seeschiffahrt.

8. Wenn einer der Ehegatten gänzlich unbekleidet ist.

9. Nach dem nächtlichen Samenerguß, wenn der Mann noch nicht die Waschung verrichtet.

10. Wenn dritte Personen die eheliche Umarmung bemerken können.

Ist die Frau dem Manne ungehorsam, entzieht sie sich der Erfüllung ihrer häuslichen Pflichten oder führt sie überhaupt die Befehle des Mannes nicht aus, so hat der Mann das Recht, sich auf eine Zeitlang von ihr zu entfernen und die für sie bestimmte Nacht nicht bei ihr zubringen.

Hat der Mann kein Vermögen, so ist es Pflicht der Frau, den Haushalt selbst zu besorgen.

Die Frau kann nicht angehalten werden gegen ihren Willen eine Arbeit zu verrichten, um dadurch zu Gunsten des Mannes etwas zu verdienen; der Mann ist im Gegenteil allein verpflichtet, durch seine Arbeit das Haus mit allem Nötigen zu versorgen.

Der Mann kann seine Frau nicht schlagen.

Macht aber der Mann sich der Uebertretung der Pflichten der Ehe schuldig, so ist die Frau berechtigt, selbst auf der unbedingten Erfüllung derselben zu bestehen oder die Einwirkung einer geistlichen Person zu fordern.

---

[6]) Dieses Verbot kommt von den sogenannten „astronomischen Rechtsgelehrten", welche die Rechtsnormen aus astronomischem Grunde erklären wollten und von welchen uns 250 bis 300 Werke geblieben sind.

Im Falle fortdauernder Uneinigkeit zwischen Mann und Frau soll zuerst die Sühne von einer durch Vermittlung des Kazis erwählten unbeteiligten Frauensperson (hakmi) versucht werden.

Was die Morgengabe (schschadak) betrifft, so ist sie eine zur Gesetzlichkeit der Ehe erforderliche Bedingung.

Die Morgengabe entspricht völlig dem Kaufpreise und unterliegt denselben obligatorischen und redhibitorischen Hauptbedingungen wie dieser. Ueberhaupt wird wie beim Kaufe, so bei der Ehe, eine Veräußerung angenommen. Beim Kaufe ist es die Ware, bei der Ehe der Schamteil der Frau.

Die Morgengabe wird immer von dem Manne der Frau gegeben und bildet das Eigentum der letzteren. Als Morgengabe kann alles dasjenige gegeben werden, was in gesetzlicher Weise zum Eigentum erworben werden kann; ihr Betrag hängt von gegenseitiger Abmachung ab. Die letztere ist zweierlei Art: erstens die gewöhnliche Abmachung, wo zwar der Morgengabe Erwähnung geschieht, aber der Betrag derselben nicht bestimmt wird.

Der andere Fall ist, wo der Morgengabe gar nicht Erwähnung geschieht. Hier hat die Frau nicht das Recht, irgend etwas zu fordern.

Vor Empfang der Morgengabe hat die Frau das Recht, alle ehelichen Zärtlichkeiten des Mannes abzulehnen.

Wenn nach Abschließung des Ehevertrages, aber vor der ehelichen Beiwohnung und dem Alleinsein, der Scheidebrief gegeben wird, so erhält die Frau die Hälfte der Morgengabe.

Die beständige Ehe wird aufgehoben:

α) Durch die Erteilung des Scheidebriefes und die Vollziehung des Fluches.

β) Durch Abfall von dem schiitischen Glauben und Annahme eines anderen.

Tritt ein christliches, jüdisches oder ein magisches Ehepaar zum Schiitismus über, so wird, da die Ehegatten auch in ihrer bisherigen Religion Offenbarungsbücher anerkannten, deren Ehe dadurch nicht aufgehoben.

Wenn aber nur einer der Ehegatten den Schiitismus annimmt, so kann derselbe die Aufhebung der Ehe mit dem ungläubigen Teil fordern.

Die Annahme des Schiitismus durch Anhänger der übrigen Religionen hebt ihre bisherigen Eheverträge auf.

Ein entlaufener Sklave gilt einem Glaubensabtrünnigen gleich, und seine Frau hat das Recht, mit einem anderen in die Ehe zu treten.

γ) Durch die Verschollenheit des Mannes.

Ist der Mann abwesend und sein Aufenthaltsort unbekannt, so bestimmt der Kazi der Frau eine Frist, nach deren Ablauf ihr das Recht gegeben wird, in eine neue Ehe zu treten.

δ) Durch den Widerruf der Zustimmung nach erreichter Volljährigkeit.

Eine Minderjährige zur Ehe zu geben, wird ihren natürlichen Vormündern ohne weiteres gestattet. Wenn aber eine andere Person eine Minderjährige zur Ehe gegeben hat, so hat die letztere nach erreichter Volljährigkeit, im Falle sie nicht in der Ehe bleiben will, das Recht, um die Aufhebung derselben zu bitten.

Ein Minderjähriger aber, welcher auf Anordnung seiner natürlichen Vormünder sich verheiratet hat, besitzt nach erreichter Volljährigkeit nicht das Recht, die Ehe anders aufzuheben, als wenn er einen Scheidebrief erteilt und die Morgengabe bezahlt.

ε) Durch die Ermittlung von Gebrechen.

Die Ermittlung wichtiger Gebrechen gibt das Recht, die Ehe aufzulösen oder den Eintritt in dieselbe zu verweigern.

Die Gebrechen des Mannes sind dreierlei Art:

1. Der Wahnsinn (djenun), sowohl beständiger als zeitweiliger.

2. Die übermäßige Wohlbeleibtheit (chusso).

3. Diejenige Krankheit, infolge deren dem Manne für immer unmöglich ist, die eheliche Beiwohnung zu vollziehen.

Die Gebrechen der Frau sind:

1. Der Wahnsinn (djenun).

2. Der Aussatz (beres).

3. Diejenige Krankheit, die die Vollziehung der Beiwohnung unmöglich macht (kerni).

4. Die unnatürliche Vereinigung beider weiblichen Oeffnungen (ifzo).

5. Die Blindheit ('emo).

6. Die Lahmheit (boni).

7. Ein Hinken in dem Maße, daß weder das Stehen noch das Gehen möglich ist (e' redj).

Die Aufhebung des Ehevertrages wegen der jetzt bezeichneten Gebrechen muß unmittelbar dann geschehen, wenn die Gebrechen entdeckt worden; nach Ablauf längerer Zeit aber von der geschehenen Entdeckung wird die Aufhebung der Ehe nicht mehr gestattet.

Die Aufhebung der Ehe wegen physischer Gebrechen ist keine Scheidung und wird daher, wenn die Ehe vor erfolgter Beiwohnung getrennt wird, die Morgengabe nicht bezahlt; wenn aber die oben angegebenen Mängel nach der Beiwohnung entdeckt werden, so muß die Zahlung der Morgengabe erfolgen.

Wird eine Frauensperson infolge von Ueberredung oder Betrug zur Ehe gegeben und die Ehe wegen entdeckter Gebrechen aufgehoben, so hat die getrennte Frau das Recht, die Morgengabe von denjenigen Personen zu fordern, welche sie zur Ehe gegeben haben, nicht aber vom Manne.

ζ) Wegen fehlerhafter Abschließung des Ehevertrages.

Oben erwähnten wir schon die sogenannte Probezeit der Frau. Diese ist eine Frist, welche zwischen zwei Eheverträgen einer und derselben Frauensperson durch das Gesetz festgesetzt ist, die dieselbe laut gesetzlicher Vorschrift in Einsamkeit zu verleben hat und vor deren Ablauf sie nicht behufs Eingehung einer neuen Ehe über sich verfügen kann.

Diese Probezeit ist dreierlei Art; sie tritt ein: 1. nach

dem Tode des Mannes; 2. nach der Scheidung; 3. nach gesetzlich gebotener Auflösung der Ehe.

Die Frist ist in diesen Fällen verschieden.

So:

α) War die Ehe nicht konsumiert worden, so braucht sich die getrennte Frau keiner Probe zu unterwerfen.

β) Die Probezeit für eine freie Frau, deren Mann ein Freier oder ein Sklave ist, ist in drei nachfolgenden und vollständigen und von der Scheidung gerechneten Menstruationen bestimmt.

γ) Die Probezeit für schwangere Frauen ist vier Monate und zehn Tage.

δ) Die Probezeit für eine Sklavin — als sie Witwe geworden ist — ist eine Frist von zwei Monaten und fünf Tagen.

In den folgenden wird man von der Scheidung handeln, wobei eine der Parteien eine Entschädigung für die Scheidung der anderen gibt.

Wenn die Frau die Scheidung durch Entschädigung anerboten hatte, so gibt ihr Mann seine Einwilligung mit diesen Worten: „Ich bin von dir durch Entschädigung geschieden."

Jede Scheidung, welche die Frau durch Entschädigung anerboten hatte, ist unbedingt.

Die Summe oder der Gegenstand der Entschädigung wird von den Ehegatten gemeinschaftlich bestimmt.

Der Mann, wer die Scheidung mit Entschädigung annehmen will, muß großjährig und geistesgesund sein. Außerdem muß er Willensfreiheit und deutliche Absicht haben.

Nach dem persischen Recht dürfen die Ehegatten voneinander auch mit gegenseitiger Einwilligung scheiden. Es geschieht im Falle, wo die Parteien „eine Inkompatibilität von Charakter haben".

Es heißt: mabarat.

Die zeitweilige Ehe geschieht nach den folgenden Regeln.

Es muß dazu vorhanden sein:

α) Die gegenseitige Zustimmung der Parteien.

β) Die Bedingung der Rechtgläubigkeit. Ein schiites Frauenzimmer kann die zeitweilige Ehe nur mit einem Schiiten abschließen; dem letzteren aber ist es anheimgestellt, eine solche Ehe auch mit christlichen, jüdischen und magischen Frauen einzugehen.

γ) Die Festsetzung einer Frist, auf welche der Ehevertrag abgeschlossen wird.

Die zeitweilige Ehe kann nicht allein eine Frist von beliebiger Ausdehnung, sondern sogar auch die Zahl der Beiwohnungen umfassen.

δ) Die Bestimmung der Morgengabe, ohne welche der Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen werden kann.

Nach Ablauf der im Vertrag festgesetzten Frist löst sich die Ehe auf und die Frau hat das Recht, ohne besondere Erlaubnis sich vom Manne zu entfernen.

Die Frau, welche in zeitweiliger Ehe gestanden war, beerbt den Mann nicht.

Der schiite Mann, welche die zeitweilige Ehe mit einer nicht mohammedanischen Frau gebunden hatte, darf einen Protest einlegen, wenn diese Frau Wein trinken oder eine andere verbotene Handlung vollziehen will.

Der Mann einer freien Frau darf eine zeitweilige Ehe mit einer Sklavin ohne Einwilligung seiner Frau nicht eingehen. Im Gegenteil wird die zweite Heirat nichtig sein.

Die Anordnung von Witwengehalt ist eine unerläßliche Bedingung der Gesetzlichkeit der zeitweiligen Ehe, da die Vernachlässigkeit desselben die Nichtigkeit der Ehe zur Folge hat.

Der Witwengehalt kann nur in Sachen angeordnet werden, die man gesetzlich besitzt, und der Anteil desselben soll in Gewichten oder in Maßen bestimmt werden oder muß er der Anschauung der künftigen Frau unterworfen oder endlich im einzelnen beschrieben worden sein.

Die Summe des Anteils wird von den Parteien bestimmt.

Die Ehe mit Sklavinnen kann entweder eine beständige oder zeitweilige sein, — nach den betreffenden Regeln.

Dem Herrn ist es anheimgestellt seine Sklavin einer dritten Person zur Ehe zu geben; es erwirbt indes in solchem Fall die Sklavin, wenn der Mann freien Standes ist, die Freiheit, der Herr aber erhält die der Sklavin nach dem Ehevertrage gebührende Morgengabe.

Der Herr der Sklavin hat das Recht, einem Dritten den Beischlaf mit der Sklavin zu gestatten oder sie zur Ehe zu geben; in diesem Falle aber sind die aus der Beiwohnung entsprossenen Kinder frei und beerben diejenigen, welche sie gezeugt haben.

Die Ehe weiblicher Personen freien Standes mit Sklaven ist gesetzlich und gültig. Die Zustimmung des Herrn des Sklaven ist notwendig und der Sklave in solchem Falle verpflichtet, die Morgengabe auszuzahlen, ja er kann sogar zur Befriedigung der Frau rücksichtlich ihrer Ansprüche auf die Morgengabe verkauft werden.

Die Kinder eines Sklaven und einer Sklavin werden Sklaven oder Sklavinnen sein.

Gehören der Sklave und die Sklavin demselben Herrn, so werden ihre Kinder auch demselben Herrn gehören.

Gehören der Sklave und Sklavin zwei verschiedenen Herren, so werden ihre Kinder in gleichmäßigem Teil jedem der Herren gehören.

Der freie Mann, der eine Sklavin ohne Einwilligung des Herrn derselben geheiratet hat und der die Ehe vor der Bestätigung derselben mit Vorbedacht konsumiert, wird wegen Unzucht mit körperlicher Züchtigung gestraft werden.

Handelte in diesem Fall auch die Frau vorsätzlich, so soll sie ihren Witwengehalt verlieren und ihr Kind wird, wenn sie schwanger sein wird, als Sklave dem Herrn gehören.

Handelte der Mann infolge einer Unwissenheit oder infolge einer Irrung, so wird er mit keiner körperlichen Züchtigung gestraft, sondern er soll den Witwengehalt bezahlen. Das Kind wird für frei erklärt werden.

Im Fall, wo ein freier Mann durch eine Sklavin, hinsichtlich der Lage derselben, irregeführt worden war und wo dieser Mann diese Frau heiratet und mit ihr die Ehe konsumiert hatte, muß er den Witwengehalt dem Herrn bezahlen.

Schloß ein Mann mit einer von seinen Sklavinnen eine Heirat, so muß er ihr ein Geschenk geben.

Im Falle des Ablebens des Herrn haben seine Verwandten das Recht, die Ehe zu genehmigen oder dieselbe aufzulösen.

Die Auflösung der Ehe einer Sklavin und die Erlöschung der Gesetzlichkeit der Geschlechtsvereinigung mit ihr können durch dreierlei Ursachen herbeigeführt werden. Und zwar: durch Freilassung (al jetek), Verkauf und Scheidung.

Die Sklavin, welche die Ehe mit einem freien Manne oder mit einem Sklaven abgeschlossen hatte, hat, wenn sie freigelassen wird, das Recht, die Auflösung der Ehe zu fordern.

Die sklavische Mutter des Kindes des Herrn muß nach dem Tod des letzteren freigelassen werden.

Der Verkauf einer sklavischen Frau ist einer Scheidung gleich und der Käufer erwirbt sich das Recht, die Ehe zu bekräftigen oder dieselbe aufzulösen.

Dasselbe gilt für den Fall, wo ein sklavischer Mann verkauft wird.

Der Herr, welcher in die Ehe seines Sklaven mit einer freien Frau oder mit einer einem anderen gehörenden Sklavin eingewilligt hat, hat das Recht, den Sklaven zur Scheidung von seiner Frau oder zur Verlassung derselben zu zwingen.

Die Ehe zwischen sklavischen, demselben Herrn gehörenden Personen bildet eine gesetzliche Ehe, nicht aber ein gesetzliches Genußrecht an der Frau. In diesem Falle hat der Herr das Recht, die Ehe aufzulösen, die Scheidung auszusprechen, die Ehegatten von einander abzuscheiden oder ihnen alle Beischläfe zu verbieten.

Im allgemeinen kann der Herr mit seinen Sklavinnen Geschlechtsverkehr haben, wenn er sie gesetzlich besitzt. Die Zahl solcher Sklavinnen ist unbeschränkt.

Der Herr darf auf einmal die Mutter und ihre Töchter oder zwei Schwestern besitzen; hat er aber einen Geschlechtsverkehr mit einer von ihnen, so ist ihm verboten, einen Geschlechtsverkehr auch mit den anderen fortzusetzen.

Es ist dem Herrn verboten, einen Geschlechtsverkehr mit einer Sklavin, welche mit seiner Einwilligung in Heirat getreten war, während der Dauer dieser Heirat fortzusetzen.

Der Herr einer mit dem Sklaven eines anderen verheirateten Sklavin darf die Ehe nicht auflösen, da die Auflösung nur im Falle von Kauf stattfinden kann und da sie von dem Willen des Käufers abhängt.

Wird eine Sklavin von verschiedenen Herren besessen, so ist ihnen aller Geschlechtsverkehr mit dieser Sklavin verboten.

Hat der Käufer einer Sklavin ihrem Manne erlaubt seiner Frau beizuwohnen, so hat dieser Käufer kein Recht, die Ehe aufzulösen, wenn er davon vorher Kenntnis hatte.

Der Herr einer Sklavin darf dieselbe einem anderen zum Gebrauch überlassen (malak manafih).

Keine solche Ueberlassung kann unter dem Titel eines Darlehens stattfinden.

Das persische Recht bestimmt die Rechtsfolgen der Ehe. Solche Rechtsfolgen sind:

α) Die Unterhaltung und Ernährung der Frauen; demgemäß haben die Frauen einen gesetzlichen Anspruch auf Unterhalt und Nahrung, und zwar: 1. in der beständigen Ehe; 2. in einer nach erfolgter Scheidung erneuerten Ehe; 3. bei der Scheidung, wenn die Frau schwanger ist.

Die Frau darf vom Mann fordern: Speise, Kleidung, Wohnung, Bedienung und Geld zu Ausgaben für solche Gegenstände, welche bei Frauen ihres Standes im Gebrauch sind, wie für ländliche Ausfahrten, Bewirtung der Gäste, etc.

Das persische Recht befiehlt, daß die Frau an dem Notwendigsten keinen Mangel leide. Hierbei sind immer die Stellung und der Stand des Mannes, sowie diejenigen Bedürfnisse zu berücksichtigen, welche die Frau bisher befriedigen konnte; als Zeugnis hierüber werden die Aussagen derjenigen Personen angenommen, die zu dem Stande der Frau gehören.

Wenn der Mann der Frau nicht die Mittel zur Existenz bietet und überdies abwesend ist, so erlaubt der Kazi, im Fall einer hierüber an ihn gelangten Beschwerde der Frau, für Rechnung des Mannes Anleihen zu kontrahieren und gestattet ihr sogar, um sich die zum Unterhalt erforderlichen Geldmittel zu schaffen, einiges aus dem Vermögen des Mannes zu verkaufen. Kann aber die Frau auch nach dem Verkauf einiger Eigentumsgegenstände des Mannes ihren Unterhalt nicht hinlänglich sicher stellen, so steht ihr frei, die Scheidung zu verlangen.

Die Frau kann für sich eine besondere Wohnung und Dienerschaft fordern, über welche außer ihr und dem Manne niemand das Recht zusteht, zu verfügen.

Der Mann ist verpflichtet, der Frau verschiedene, den Jahres- und Tageszeiten anpassende Kleider zu geben, ferner alle für die Nachtruhe notwendige Wäsche, Kissen, Teppiche etc.

Ohne die Einwilligung des Mannes darf die Frau weder irgend eine Einrichtung im Hause treffen, noch etwas kaufen, noch auch Diener annehmen.

Es ist nicht gestattet, für einen in früherer Zeit stattgehabten ungenügenden Unterhalt in der Folge Entschädigung zu fordern.

β) Eine andere Rechtsfolge der Ehe ist der Unterhalt der Verwandten, d. h. jeder ist verpflichtet, seinen Kindern sowie auch seinen Eltern und Großeltern den Unterhalt zu reichen, jedoch allen Aszendenten nur in dem Falle, wenn sie sich selbst nicht zu ernähren vermögen. Unter diesen

Umständen wird weder der Betrag, noch auch dasjenige bestimmt, was als Nahrung oder Unterhalt zu reichen ist; beides hängt von dem Gutdünken des Sohnes oder des Enkels ab und kann sich auf das Allernotwendigste beschränken.

Die Kinder sind zur Ehrerbietung und zum Gehorsam gegen ihre Eltern verpflichtet. Sie müssen die Eltern besuchen.

γ) Der Unterhalt der Sklaven und die Sorge für jedes andere Eigentum.

Jedes Eigentum soll sich des Schutzes und der Sorge seines Herrn erfreuen und von ihm, wenn erforderlich, Nahrung erhalten. Seine Sklaven, Haustiere, Vögel etc. zu unterhalten, ist Pflicht jedes Gläubigen; er darf sogar die leblosen Sachen nicht vernachlässigen und muß z. B. die Bäume und Blumen begießen, die solches erfordern.

Der Betrag und die Eigenschaften des Futters und der Speise, sowie die Art und Weise des Unterhalts und der Aufsicht werden nach den Regeln bestimmt, welche in der Gegend, wo solche Tiere sich befinden, gebräuchlich sind. Derjenige, der nicht im stande ist, einen Sklaven oder ein Haustier zu ernähren, und wie erforderlich zu pflegen, ist verpflichtet, dieselben zu verkaufen, zu verschenken oder auch diejenigen Tiere als Opfer darzubringen, welche nach dem Landesgebrauch geopfert werden können.

Was den Rechtsstand der Kinder betrifft, so sind zu bemerken:

Als genügender Beweis der Legitimität der Kinder gilt deren Anerkennung durch die Eltern; der Zeitpunkt der Geburt wird durch Aussagen der Eltern oder anderer glaubwürdiger Personen festgestellt. Geburts- oder Eheregister oder dem ähnliche Verzeichnisse werden von niemandem geführt; die Richtigkeit von Eheverträgen wird, im Falle der Bestreitung derselben, durch die Vernehmung der bei Abschließung des Vertrages zugegengewesenen Zeugen ermittelt.

Die legitimen Kinder sind dreierlei Art:

1. ewlod zeudjot;
2. ewlod mautu' et bil-mülk;
3. ewlod mautu' et bisch-schiibhe.

Die ersteren sind solche Kinder, die innerhalb der in den Gesetzen bestimmten Fristen aus Ehen geboren sind, welche nach den Scheriaregeln abgeschlossen werden.

Zur Feststellung dieser Legitimität ist erforderlich: 1. daß die Kinder nach Abschließung der Ehe geboren seien; 2. daß von der Eingehung der Ehe bis zur Geburt nicht weniger als sechs Monate verflossen sind; 3. daß die Schwangerschaft der Frau nach dem Tode des Mannes nicht länger als zehn Monat gedauert habe.

Ein Kind, das vor Eingehung der Ehe aus unerlaubtem Umgange mit einer Frauensperson entsprossen ist, wird, wenn auch mit dieser in der Folge die Ehe abgeschlossen worden, für illegitim angesehen und hat kein Erbrecht.

Die aus der zeitweiligen Ehe entsprossenen Kinder werden der Fürsorge des Vaters anheimgestellt, erhalten von ihm Nahrung und Unterhalt und haben ein Recht auf seinen Nachlaß.

Ewlod mautu' et bil-mülk sind mit eigenen Sklavinnen ohne Abschließung der Ehe erzeugte Kinder. Wenn die Kinder innerhalb der durch die Scheriaregeln festgesetzten Frist geboren sind, und wenn außer dem Herrn niemand mit der Sklavin Umgang gehabt, so haben solche Kinder gleiches Recht mit den übrigen Kindern auf den Nachlaß des Vaters.

Die eigene Erklärung eines Mannes vom freien Stande, daß die von seiner Sklavin geborenen Kinder von ihm gezeugt seien, gibt ihnen die Freiheit und ist genügend, um die Gesetzlichkeit ihrer Geburt zu begründen.

Ewlod mautu' et bisch-schiibhe sind Kinder, die aus zufälliger Beiwohnung entsprossen sind, wenn infolge eines Irrtums und ohne Absicht jemand die Frau oder Sklavin eines anderen als seine eigene angesehen. Für diese Kinder hat derjenige zu sorgen, welcher die zufällige Beiwohnung vollzogen; sie haben auch ein Recht auf seinen Nachlaß.

Illegitime Kinder (wad zana) sind bloß solche, die aus unerlaubtem und nach den Scheriaregeln verbrecherischem Umgange entsprossen sind.

Solche Kinder haben kein Recht auf den Nachlaß des Vaters, wenn sie mit anderen Erben konkurrieren und sind einiger bürgerlichen Rechte beraubt.

In den folgenden werden wir von den Regeln der Ehescheidung (talak) sprechen.

Die Ehescheidung ist — nach dem persischen Recht — ein Rechtsgeschäft, durch welches die Ehe aufgelöst wird.

Bei der Scheidung sind viererlei Begriffe zu sondern:

α) Telok boin — eine Handlung, wodurch die Ehe für immer aufgehoben wird.

β) Telok ridjei — ein Akt, wobei der Mann das Recht behält, die Ehe nach Ablauf einer bestimmten Frist zu erneuern.

γ) Chule — ein der Scheidung vorausgehender Akt, wenn diese auf den Wunsch der Frau stattfindet und ihr vom Mann eine Scheidung zugesagt ist.

δ) Müborot — eine der Scheidung gleichfalls vorausgehende Handlung, welche zwar auf einer Entschädigungsverpflichtung indessen nach stattgehabter Uebereinkunft des Mannes und der Frau basiert ist.

Die definitive Auflösung der Ehe findet in folgenden Fällen statt:

1. Bei Ehen, in welchen der Mann der Ehefrau gar nicht beigewohnt hat.

2. Bei solchen Ehen, wo die Ehefrau wegen vorgerückten oder zu jugendlichen Alters die monatliche Reinigung nicht hat.

3. Bei Ehen, wo der Frau die Scheidung zum drittenmal erklärt wird, nachdem der Mann mit ihr die Ehe zweimal nach dem Rechte des Telok ridjei erneuert hatte.

4. In Fällen, wo das chül'e oder müborot definitiv erklärt wird.

5. In Fällen, wo die Schimpfrede oder der Eid der Enthaltsamkeit ausgesprochen wird.

Mit der Vornahme des Telok boin ist die Ehe unmittelbar aufgelöst und deren Wiedereingehung nur unter Beobachtung aller für die Eheschließung vorgeschriebenen Regeln, d. h. nur dann erlaubt, wenn die geschiedenen Ehegatten miteinander einen ganz neuen Ehevertrag schließen.

Der Telok ridjei ist dagegen diejenige Art der Scheidung, bei welcher dem Manne anheimgestellt wird, die Ehe nach seinem Gutdünken mit der Frau ohne besondere Zustimmung zu erneuern, diese aber verpflichtet ist, sich dem ohne Widerrede zu unterwerfen.

Derjenige Akt, durch welchen die Ehe erneuert wird, heißt ridj'et, und kann in sehr verschiedener Weise in Worten oder Handlungen vollzogen werden, wie namentlich durch einen Kuß, durch die eheliche Umarmung oder auch nur durch eine Berührung des Leibes der Frau mit der Hand.

Wird das ridj'et in Worten erklärt, so wird die Zuziehung von Zeugen angeraten; während bei einem ridj'et durch bloße Handlung der Frau allein Glauben geschenkt wird.

Jedenfalls ist die Erneuerung der Ehe nach erfolgter Erklärung des Telok rid'jei an eine bestimmte Frist gebunden, nach deren Ablauf eine Verbindung der geschiedenen Ehegatten nur durch den förmlichen Abschluß eines neuen Ehevertrags geschehen kann.

Im Laufe dieser Frist kann der Mann die Ehe ungehindert erneuern, selbst wenn er das Telok ridj'ei zum zweiten Male erklärt hat. Ist dies aber bei einer und derselben Frau zum dritten Male geschehen, so darf der Mann die Ehe mit ihr nur in dem Fall wieder herstellen, wenn die letztere nach Ablauf der Iddeh mit einer dritten Person in die Ehe getreten ist und von dieser eine Scheidungserklärung erhalten hat.

Was aber das Telok boin und das Telok rid'jei betrifft, so kann nur solchen Frauen überhaupt die Scheidung erklärt

werden, mit welchen der Mann in eine beständige Ehe getreten ist; bei den zeitweiligen Ehen kommt keine Scheidung vor.

Die Erklärung der Scheidung ist ganz in die Willkür des Ehemannes gestellt und ist derselbe nicht verpflichtet, die Ursachen anzugeben, die ihn dazu bewegen. Was die Ehefrau betrifft, so ist die nach den Regeln des Scheria erklärte Scheidung für sie unbedingt verbindlich; jedoch ist der Mann verbunden, alles ihr gehörige Vermögen, sowie die bei Eingehung der Ehe stipulierte Morgengabe, falls dieselbe nicht schon früher bezahlt war, der Frau auszukehren.

Nach erfolgter Aufhebung der Ehe durch die Scheidung Telok ridj'ei, haben die Frauen nach Ablauf der Iddehfrist das Recht, ungehindert nach eigenem Gutdünken neue eheliche Verbindungen zu schließen.

Die Kinder bleiben nach erfolgter Scheidung immer bei dem Vater.

Die anderen Erfordernisse der Scheidung sind:

α) Die Volljährigkeit des die Scheidung erklärenden Ehegatten.

β) Der volle Besitz der Verstandeskräfte, physische und moralische Gesundheit bei beiden Teilen.

γ) Der innere Drang und das Verlangen nach der Scheidung.

δ) Der freie, durch keinerlei Zwang bewegte Wille des die Scheidung vollziehenden Teils.

ε) Daß die Ehefrau rein sei, d. h. weder die Menstruation habe noch auch einer Entbindung entgegen sehe; eine Bedingung, welche indessen für den Fall der Abwesenheit des Mannes nicht notwendig verlangt wird.

ξ) Der Ausspruch der Scheidung.

η) Die Gegenwart zweier bekannten und unbescholtenen Zeugen, welche bezeugen, daß sie den Ausspruch der Scheidung zu einer und derselben Zeit gehört haben.

ϑ) Die bestimmte Erklärung des Mannes vor Zeugen oder

vor Gericht, von welcher seiner Frauen namentlich er sich scheiden wolle.

ι) Die Festsetzung einer Frist (Iddeh), innerhalb deren der Mann, ohne die Scheidung in wirkliche Ausführung zu bringen, die Ehe wiederherstellen kann. Im Laufe dieser Frist bleibt die Frau in der vollständigen Abhängigkeit vom Manne und darf ohne seine Einwilligung sich weder vom Hause entfernen, noch auch überhaupt das mindeste unternehmen, was nicht in den Kreis ihrer täglichen Beschäftigungen gehört.

Die Iddehfrist ist für Frauen freien Standes auf den Zeitraum dreier monatlichen Reinigungen, für Sklavinnen aber auf zwei festgesetzt.

Bei schwangeren Frauen dauert die Frist bis zur Entbindung.

Die Ehescheidung auf den Antrag der Frau (Chül'e) wird infolge des Wunsches derselben und unter Auszahlung einer Entschädigung an den Mann vollzogen. Sie kann und muß indes auch direkt durch den Mann ohne ausdrücklichen Antrag der Frau dann erfolgen, wenn die letztere erklärt: „sie beabsichtige sich mit einem anderen Manne zu verheiraten, der besser sei als er."

Die Hauptbedingungen dieser Scheidung sind:

α) Daß die zu scheidende Ehe eine beständige sei.

β) Daß die Frau frei über sich und so viel von ihrem Vermögen verfügen könne, als zur Zahlung der Vergütung an den Mann erforderlich ist.

Endlich müssen wir noch drei eigene Institutionen des persischen Eherechts bekannt machen. Dieselben sind: die Schimpfrede (zehor), der Enthaltsamkeitseid (ilo) und der Fluch (le 'on).

Der Schimpf besteht darin, daß der Ehemann zu einer seiner Frauen sagt: „Du bist für mich das, was der Rücken meiner Mutter."

Werden diese Worte umgekehrt von der Frau zum Manne gesprochen, so gilt dies nicht als Beschimpfung.

Die rechtliche Bedeutung der Schimpfrede besteht darin, daß die beleidigte Partei darf die andere vor Gericht dafür zu Verantwortung ziehen.

Um den Mann wegen der Schimpfrede vor Gericht belangen zu können, ist erforderlich:

1. Daß durch die Aussage zweier Zeugen der Beweis geführt werde, er habe wirklich die Schimpfworte zur Frau gesprochen.

Hat der Mann geäußert, die Frau sei ihm das, was seine Schwester oder Tante etc., so gilt dies nicht für Schimpf; ebensowenig kann der Mann der Schimpfrede beschuldigt werden, wenn er die Ausdrücke desselben gesprächsweise oder in Versen gebraucht.

2. Daß der Mann, welcher die Schimpfrede gesprochen, frei über sich verfügen könne und die Schimpfrede mit Absicht ausgesprochen habe.

3. Was die Frau, zu welcher die Schimpfrede gesprochen wird, betrifft, so ist notwendig, daß der Mann vor dem Ausspruch der Schimpfrede mit ihr ehelichen Umgang gepflogen habe, daß sie rein sei und daß nach dem Ausspruch der Schimpfrede eine eheliche Umarmung nicht weiter stattgefunden habe.

Ist die Schimpfrede gesprochen, so darf der Ehemann sich der Frau zum ehelichen Umgang nicht eher wieder nähern, als bis er sich hierzu durch die ihm vom Kazi erlegte Genugtuung das Recht erkauft hat.

Der Enthaltsamkeitseid ist eine Handlung, durch welche der Ehemann sich eidlich verpflichtet, mit seiner Frau keinen ehelichen Umgang zu haben.

Dieser Eid muß auf eine mindestens viermonatliche Frist eingegangen werden.

Der den Eid leistende Mann muß volljährig, im vollen Besitz seiner Verstandeskräfte sein und den Eid auf eigenen Antrieb und mit ernstlicher Absicht schwören.

Ist der Eid geleistet und hat die Frau durch Schweigen

ihre Zustimmung zu diesem Eid des Mannes gegeben, so hat der letztere vor Ablauf der festgesetzten Frist kein Recht auf den ehelichen Umgang.

Der Fluch ist der vom Ehemanne unter Anrufung Gottes gegen seine Frau ausgestoßene Fluch, durch welchen er dieselbe eines lasterhaften Wandels oder der Geburt eines im Ehebruch empfangenen Kindes beschuldigt.

Der Fluch kann nur bei schweren Verdachtsgründen, nur vom Ehemann und nur wegen lasterhaften Wandels der Frau oder wegen der Geburt eines Kindes aus ehebrecherischem Umgang in Anwendung gebracht werden.

Der Mann schwört diesen Eid viermal und fügt dann den Fluch hinzu: „Möge mich Gottes Fluch treffen, wenn ich unwahr rede.“

Hierauf spricht die Frau, wenn sie sich schuldlos fühlt, viermal das folgende: „Ich bezeuge vor Gott, daß er die Unwahrheit spricht“ und schließt mit dem Fluche: „Der Zorn Gottes komme über mich, wenn er die Wahrheit spricht.“

Die Folgen des Fluches sind:

α) Der Mann, der seine Frau des lasterhaften Lebens beschuldigt, muß dazu wichtige Gründe haben; wenn er weder Zeugen hat, noch auch den Fluch aussprechen will, dennoch aber seine Frau beschuldigt, so verfällt er in Strafe. Ebenso unterliegt auch die Frau der Strafe, wenn sie, nachdem der Mann den Fluch gesprochen, im Bewußtsein ihrer Schuld, den Gegenfluch nicht aussprechen kann.

β) Durch Vollziehung des Fluches ist die Ehe zwischen den beteiligten Gatten für immer aufgehoben.

γ) Sind die für den Fluch festgesetzten Worte von beiden Teilen ausgesprochen worden, so werden diejenigen Kinder, von welchen der Mann behauptet, daß sie nicht von ihm erzeugt seien, demselben abgenommen und der Mutter übergeben, bei der sie bleiben, ohne jedoch das Erbrecht auf den Nachlaß des Vaters einzubüßen.

δ) Der Fluch hebt alles Erbrecht zwischen Ehegatten auf.

14. Das Erbrecht (maudjebote irth).

Erworben wird ein Erbrecht zunächst durch die Geburt, sodann durch besondere gesetzliche Bestimmung.

Die Verwandtschaft hat drei Grade: 1. Vater, Mutter und Kinder; 2. Brüder und Schwestern mit deren Abkömmlingen und Aszendenten; 3. Blutsverwandte von väterlicher und mütterlicher Seite.

Das Erbrecht nach besonderer gesetzlicher Bestimmung wird erworben: 1. von den Ehegatten gegenseitig; 2. von Sklaven vermittels des Rechts der Herren, Freunde und Verwalter.

Das Erbrecht des Herrn an dem Nachlaß des von ihm freigelassenen Sklaven kommt nur dann zur Geltung, wenn der Freigelassene keine Erben hinterläßt und wenn die Freilassung aus freiem Willen des Herrn erfolgt ist, nicht aber nach Rechtsgebot, noch in Gemäßheit eines Gelübdes, noch infolge des Vertrages der Weihung, noch endlich zur Buße der Sünden.

Es gibt auch ein auf freundschaftliche Bande begründetes Erbrecht.

Diese Art des Erbrechts kommt nur dann zur Geltung, wenn weder gesetzliche Blutsverwandte noch andere Erben vorhanden sind.

Es gibt auch das Erbrecht der Imâm, welches eintritt, wenn gar keine erbberechtigte Personen vorhanden sind und ein Schiite nur Sunniten oder Ungläubige als Erben hinterläßt.

Uneheliche Kinder und solche, die der Vater nicht anerkannt hat, gelangen nur dann zur Erbschaft des Vaters, wenn gar keine anderen Erben vorhanden sind.

Wer ein Erbrecht erwirbt, nimmt zugleich die Verpflichtung auf sich, für die Befriedigung aller Forderungen, die an den Nachlaß gemacht werden können, einzustehen, weshalb die zum Erben bestimmte Person notwendig ihre Zustimmung erklären muß.

Die Hälfte erben: 1. der Ehemann, wenn keine Abkömmlinge vorhanden sind; 2. die leibliche Schwester bei Ermangelung sonstiger Erben; 3. die Tochter, wenn sie das einzige Kind ist.

Ein Viertel erbt: 1. der mit Kindern zurückbleibende Ehemann; 2. die Ehegatten, wenn keine Abkömmlinge vorhanden sind.

Die mit Kindern hinterbleibende Ehegattin erbt immer ein Achtel.

Ein Drittel erben: 1. die Ehegattin bei Lebzeiten ihres Schwiegervaters, wenn der Ehemann weder Kinder noch sonstige Verwandte hinterlassen hat; 2. Geschwister von einer gemeinschaftlichen Mutter, wenn deren wenigstens zwei vorhanden.

Zwei Drittel erben: 1. zwei oder mehrere Töchter, wenn keine Söhne vorhanden; 2. zwei oder mehrere leibliche Schwestern, wenn keine näher berechtigten Personen vorhanden.

Ein Sechstel erben: der Vater und die Mutter vom Nachlaß ihres Kindes, wenn dasselbe einen Abkömmling hinterlassen hat; 2. die Mutter, wenn der Verstorbene Brüder hinterlassen hat, mit denen er beide Eltern oder wenigstens den Vater gemeinschaftlich hatte; 3. der einzige Erbe, welcher in absteigender Linie von der Mutter hintergeblieben ist.

Nach dem Rechte der Verwandtschaft erben: 1. im ersten Grade: der Vater, die Mutter, die Kinder und die Enkel; 2. im zweiten Grade: die Brüder, die Schwestern und die Großeltern; 3. im dritten Grade: die Oheime und die Tanten.

Die Aufhebung des Erbrechts kann geschehen:

1. Wegen Ungläubigkeit, d. h. ein Ungläubiger kann nicht Erbe eines Schiiten werden, wie nahe er ihm auch verwandt sei; ist jedoch der Sohn eines Schiiten ein Ungläubiger, der Enkel aber wieder ein Schiite, so beerbt dieser seinen Großvater unter Ausschließung seines Vaters.

Nach dem Tode eines Schiiten, der keine schiitischen Erben

hinterlassen hat, gelangt das Vermögen an die Imâm, nicht aber an die ungläubigen Erben.

Ein Schiite erbt dagegen aus dem Nachlaß eines Ungläubigen seinen gesetzlichen Anteil.

Die Ungläubigen beerben einander nur, wenn sie in demselben Staate leben.

2. Wegen Tötung, d. h. wer einen anderen absichtlich getötet hat, kann dessen Erbe nicht werden.

3. Wegen Sklaverei, d. h. ein Sklave kann keinen Freien und ein Freier keinen Sklaven beerben.

4. Wegen Verfluchung, d. h. wenn der Ehemann gegen seine Ehefrau den Fluch ausspricht und den Kindern zugleich die Anerkennung versagt, so hebt es das gegenseitige Erbrecht auf.

5. Wegen Flucht oder Verschollensein des Erben, d. h. wenn jemand vor dem Empfange eines ihm zugefallenen Erbes flüchtig wird, so kann sein Anteil unter die übrigen Erben nicht eher verteilt werden, als bis zuverlässige Nachricht von seinem Tode eingegangen ist.

Liegt eine solche Kunde nicht vor, so wird eine Frist von 120 Jahren, in welche übrigens das Alter des Verschollenen eingerechnet wird, angesetzt, nach deren Ablauf derselbe in Gemäßheit des Scheria für tot erklärt und sein Erbteil an die übrigen erbberechtigten Personen ausgekehrt wird.

II.

Das Strafrecht.

1. Die Strafen.

Das persische Strafrecht unterscheidet zwischen „Strafe“ und „Züchtigung“.

Strafe (hedd) ist jede vom Qorân besonders bestimmte Bestrafung (akwabat).

Alle anderen (also vom Qorân nicht bestimmte) Bestrafungen sind Züchtigungen (djeld).

Die Verbrechen, welche mit Strafe bedroht sind, werden in sechs Klassen eingeteilt. Dieselben sind:

α) Der Ehebruch (zeno);

β) die anderen ähnlichen Verbrechen, wie die Sodomie (müboschiret), Tribadismus, die Verleumdung mit Unzucht;

γ) der Diebstahl (sirket);

δ) der Genuß des Weins (müskir we fiko 'e); und

ε) der Straßenraub (mehorib).

Die Verbrechen, welche man mit Züchtigungen straft, werden in vier Klassen eingeteilt. Dieselben sind:

α) Der Aufstand (katanah);

β) die Apostasie (irtidod);

γ) die Bestialität (ajatanal 'baham); und

δ) die Begehung aller verbotenen Handlungen.

Die Strafen sind — meistens — körperliche Strafen. Solche sind: Die Eingrabung des Verbrechers in die Erde und dessen Steinigung, und die Todesstrafe durch Schwert oder Galgen.

Eine Strafe kann nur gegen solche Verbrecher verhängt werden, die volljährig sind und bei Begehung des Verbrechens sich im vollen Besitz ihrer Verstandeskräfte befanden, endlich mit dem Bewußtsein, zu sündigen, gehandelt haben.

Ein unabsichtlich und unbewußt begangenes Verbrechen bleibt straflos; jedoch muß der Mangel der Absicht und des Bewußtseins eidlich bekräftigt werden.

Die Strafen werden stets öffentlich vollzogen.

Die Züchtigung besteht in der Geißelung und sie geschieht am nackten Körper, wobei vom Knie bis zum Nabel der Körper bedeckt werden muß.

Die Züchtigung geschieht am Rücken und an den Schultern, nicht am Gesicht und den verdeckten Teilen.

Hitze oder Kälte hindern die Vollziehung der Strafen nicht; jedoch muß dieselbe im Sommer des Morgens, im Winter um die Mittagszeit geschehen.

Schwangere Weiber dürfen vor ihrer Entbindung keiner Strafe unterzogen werden, ebensowenig während sie ihr Kind an der Brust nähren; bekommt aber das Kind eine Amme, so wird die Strafe an der Mutter in Vollziehung gesetzt.

Die Vollziehung von Körperstrafen an Kranken wird bis zu deren Genesung hinausgeschoben; die Eingrabung und die übrigen Arten der Todesstrafe werden aber durch Krankheit der Verbrecher nicht aufgehalten.

Frauen dürfen während ihrer monatlichen Reinigung nicht bestraft werden.

Wer dreimal körperlich bestraft worden ist, unterliegt bei jedem vierten Vergehen der Todesstrafe.

2. Der Ehebruch.

Die persischen Rechtsbücher und die Rechtsgelehrten haben den Begriff dieser strafbaren Handlung wohl und detailliert dargelegt. Wir geben — nach ihnen — den Begriff des Ehebruchs wie folgt.

Es liegt ein Ehebruch vor, wenn ein Mann mit einer Frau, mit welcher er durch keine Ehe oder durch kein Eigentumsrecht oder durch keinen Irrtum verbunden ist, geschlechtlich verkehrt.

Der Ehebruch wird, wenn keine erschwerenden Umstände vorliegen, mit 100 Hieben gestraft.

Liegen aber solche Umstände vor, d. h. hat jemand unerlaubten Umgang mit einem Weibe gepflogen und verschweigt dies und tritt mit diesem Weibe in die Ehe, so wird der Täter mit Steinigung gestraft.

Wenn die Ehe mit der Frauensperson, mit welcher der Ehebruch begangen worden ist, dem Ehebrecher nach dem Scheria untersagt ist[7], so wird der Täter mit Todesstrafe durch Schwert oder Galgen gestraft.

Dieselbe Strafe tritt ein, wenn ein Ungläubiger mit einer

[7]) Solche Personen sind: die Mutter, die Schwester etc.

Frau schiitischen Glaubens Ehebruch treibt. Das Verbrechen von Notzucht wird immer mit Todesstrafe gestraft.

Die Steinigung tritt auch bei dem beabsichtigten, wenn auch nicht vollendeten Ehebruch ein, z. B. für einen Kuß, Umarmungen, das Zusammenliegen etc.

Der Strafe des Ehebruchs unterliegt jeder ohne Unterschied, der Freie wie der Sklave, der Musulmann wie der Ungläubige, Mann und Weib, Greise wie Jünglinge, sobald letztere volljährig sind.

Hat auch die Frau mit Vorsatz gehandelt, so wird sie ebenso bestraft wie der Mann selbst.

Niemand kann der Begehung eines Ehebruchs angeschuldigt werden, wenn er nicht mindestens eine Frau, mit welcher er verkehren kann, hat.

Dasselbe gilt auch für die Frau.

3. Päderastie.

Die Päderastie wird, wenn dieselbe zwei volljährige Personen begangen haben, mit Todesstrafe, durch Schwert oder Galgen, gestraft.

Wenn ein Volljähriger mit einem Minderjährigen Päderastie treibt, so wird nur der erstere mit dem Tode bestraft, der letztere aber einer Zurechtweisung, nicht einer Strafe unterzogen.

Treiben zwei Minderjährige miteinander Päderastie, so wird jeder mit 100 Hieben bestraft.

Der widernatürliche Umgang von Weibern untereinander wird mit 100 Hieben bestraft.

Die Kuppelei, welche zum Zweck hat, einen Mann mit einer Frau zur Begehung des Ehebruchs oder Personen männlichen Geschlechts zur Begehung der Päderastie zusammenzubringen, wird mit 75 Hieben bestraft.

Jeder ohne Ausnahme unterliegt den für alle diese Vergehen bestimmten Strafen.

4. Unzucht.

Die für die Unzucht bestimmten Strafen sind: Der Tod, die Steinigung, die Geißelung, die Abnahme des Haupthaars und die Verweisung.

Der zwischen zwei Personen — welche voneinander durch ein Eheverbot verboten sind — begangene Incest wird mit Todesstrafe gestraft.

Mit gleicher Strafe wird gestraft derjenige Ungläubige, der die Unzucht mit einer schiiten Frau begangen hat.

Ebenso mit dem Tode ist zu strafen derjenige, der dieses Verbrechen mit einer Frau mit Gewalt begangen hat.

Derjenige, der die Unzucht mit einer großjährigen Frau beging, wird, wenn er selbst oder die Frau das volle Alter schon erreicht hat, vorher gepeitscht und nachher gesteinigt.

Derjenige aber, der die Unzucht an einer minderjährigen oder geisteskranken Frau verübt, wird nur mit Peitschenhieben gestraft.

Derjenige freie und unverheiratete Mann, der Unzucht begangen hat, wird mit 100 Peitschenhieben gestraft und außerdem wird er für ein Jahr verbannt und wird ihm das Haar abgeschoren.

Der Sklave, der eine Unzucht begangen hat, wird nur mit 50 Peitschenhieben gestraft, sei er verheiratet oder nicht.

Derjenige, der die Unzucht zum dritten Male begeht, wird mit Todesstrafe durch das Schwert gestraft.

Der Sklave wird nur beim zehnten Rückfalle mit dem Tode gestraft.

Was die Strafvollziehung betrifft, so ordnet das persische Recht die folgenden an:

Der Imâm muß den Platz und die Zeit, wo die Steinigung geschehen wird, dem Volk mitteilen, „daß dasselbe bei der Vollstreckung zugegen sein könne“.

Der zur Steinigung Verurteilte muß vorher bis zum Rumpfe eingegraben werden.

Ist der eingegrabene Verurteilte entkommen, so kann er nicht weiter gestraft werden, wenn das Verbrechen nur durch sein Geständnis bewiesen worden ist; im Gegenteil aber — d. h. wenn sein Verbrechen durch Zeugen bewiesen worden ist — muß er wieder gefangen genommen und eingegraben werden.

Hier müssen wir eine grausame Bestimmung des persischen Strafrechts erwähnen, welche lautet, „es ist am besten, schwache Steine zu brauchen, damit die Qualen des Verurteilten verlängert werden können".

5. Sodomie, etc.

Für Sodomie wird der Schuldige, wenn er volljährig und bei vollem Verstande ist, mit 25 Peitschenhieben bestraft. Gehört das zu diesem Verbrechen benutzte Tier zu den als Speise erlaubten, so muß es getötet werden und alle Teile desselben, das Fleisch, die Milch u. s. w. gelten als verboten. Gehört das Tier aber zu denen, die nicht zur Nahrung gebraucht werden, so muß es nach einem anderen Orte hin verkauft werden. Der Eigentümer wird aber in jenem wie in diesem Falle entschädigt.

Auf das zum vierten Male begangene Verbrechen der Sodomie steht die Todesstrafe.

Die geschlechtliche Vermischung mit einer Leiche wird gleich der Sodomie bestraft.

Die Onanie wird mit 25 Peitschenhieben bestraft.

6. Die falsche Anschuldigung.

Wer jemanden eines Vergehens bezichtigt und seine Beschuldigung nicht beweisen kann, sowie wer einen anderen einen unehelich Geborenen schimpft oder ihn mit anderen grundlosen Schimpfworten belegt, wird mit 80 Hieben auf bedecktem Körper bestraft.

Wer den Propheten und die Imâme schmäht, ist vogelfrei und darf von jedermann getötet werden.

Wenn Schmähungen und Verleumdungen von beiden Seiten erfolgt sind, so wird keiner bestraft.

7. Trunkenheit.

Wer bei vollem Verstande berauschende Getränke genießt oder auch nur von denselben kostet, mit dem Bewußtsein, daß es verbotene Getränke sind, wird mit 80 Hieben auf entblößtem Körper bestraft.

Diese Strafe trifft ohne Unterschied Weiber und Männer, Sklaven und Freie.

Für mehrmalige nicht bestrafte Trunkenheit erfolgt nur einmalige Strafe.

Man muß unter „verbotenen Getränken" alle Getränke verstehen, welche einen Rausch herbeiführen können.

Es genügt zur Begehung das Hinunterschlucken auch nur eines einzigen Schluckes.

Der Ungläubige wird nur in dem Falle gestraft, wenn er das Vergehen öffentlich begangen hat.

8. Diebstahl.

Die Bedingungen, unter welchen jemand wegen Diebstahls gestraft werden kann, sind die folgenden:

α) Er muß großjährig sein.

Der Minderjährige, der einen Diebstahl begangen hat, kann nur gezüchtigt werden.

β) Er muß sich bei vollem Verstande befinden.

Der Geisteskranke, der einen Diebstahl begangen hat, kann ebenso nur gezüchtigt werden.

γ) Es muß die Präsumption vorhanden sein, daß der Täter geglaubt habe, daß die gestohlene Sache nicht ihm gehöre.

δ) Es muß die Präsumption vorhanden sein, daß der Verbrecher kein Miteigentümer der gestohlenen Sache war.

ε) Es muß die persönliche Handlung des Täters vorhanden

sein, d. h. es muß der Täter selbst oder mit Hilfe seiner Gehilfen die gestohlene Sache weggenommen haben.

ζ) Es darf der Täter nicht der Vater des Beschädigten sei.

η) Zum Begriff des Diebstahls gehört auch die Heimlichkeit, da jede gewaltsame Besitzergreifung der Raub ist und daher anderer Beurteilung unterliegt und mit besonderen Strafen geahndet wird.

Der Dieb ist entweder mit lebenslänglichem Gefängnis zu bestrafen oder es werden ihm vier Finger der rechten Hand mit Ausschluß des Daumens oder die Zehen nebst dem Fuße soweit abgehauen, daß nur der Ballen nachbleibt.

Der Sklave, der von seinem Herrn etwas gestohlen hat, kann nur gezüchtigt werden.

Was den Gegenstand des Diebstahls betrifft, so gelten die folgenden Regeln:

Der Diebstahl, dessen Wert sich unter dem Viertel eines Dinars[8]) befindet, wird nur mit Züchtigung gestraft.

War der Gegenstand des Diebstahls:

1. Früchte auf Bäumen oder
2. die nötigsten Lebensmittel,

so darf der Diebstahl nur mit Züchtigung gestraft werden.

Der erste Rückfall vom Diebstahl wird mit Abhauen des linken Fußes gestraft.

Der zweite Rückfall wird mit lebenslänglichem Gefängnis gestraft.

Derjenige, der verschiedene Diebstähle beging, darf nur wegen eines einzelnen Diebstahls gestraft werden.

War der Täter zur Zeit der Begehung seiner rechten Hand beraubt, so wird ihm die linke Hand abgehauen.

Hat der Täter vor der Verurteilung eine aufrichtige Reue gezeigt, so wird er von der Strafe frei sein.

Ist der Diebstahl erwiesen, so wird die gestohlene Sache

---

[8]) Ein Dinar ist von 360 Hundertteilen des Grammes in Gold.

dem Eigentümer oder dessen Erben zurückgegeben, wenn dies aber nicht möglich ist, der Wert derselben.

9. Raub u. s. w.

Wer mit Waffen in der Hand andere bedroht und sich des Raubes und Ueberfalles schuldig macht, um sich fremden Eigentumes gewaltsam zu bemächtigen, wird mit dem Schwert oder dem Galgen bestraft.

Wenn aber der Räuber Reue über seine verbrecherische Handlung zeigt, so erhält er Verzeihung und wird von jeder Strafe befreit.

Derjenige, der einen Raubmord begeht, wird mit der Talion gestraft, wenn der Ermordete von gleichem Stande war.

Kein Räuber kann sich mit Selbstverteidigung entschuldigen.

Wer anderen bewaffnet Schrecken einzujagen sucht, darf von jedermann getötet werden ohne Verantwortung für das vergossene Blut.

Ebenso darf jeder in ein Haus einbrechende und einen Ueberfall machende Räuber, sowie jeder Fremde, den jemand bei seinen Weibern findet, getötet werden, ohne daß das Recht der Blutrache eintritt oder ein Sühnegeld für das vergossene Blut zu zahlen wäre.

10. Abfall vom Glauben.

Derjenige Mann, der seit seiner Geburt zum Islam gehört und von demselben freiwillig abfällt, wird mit dem Tode gestraft.

Hat aber ein Weib den Islam verlassen, so wird sie nur mit Geißelung und lebenslänglichem Gefängnis gestraft.

Ein Ungläubiger aber, der zum Islam übergetreten ist und wieder abtrünnig wird, erhält eine dreitägige Frist zur Reue und wird während derselben ermahnt; kehrt er aber dann nicht zum Islam zurück, so wird er mit dem Tode bestraft.

11. Die rechtliche Selbstverteidigung (al dafaj).

Jede Person hat das Recht, den auf sein Leben, seine Familie und sein Vermögen gerichteten Angriff mit seiner vollen Kraft zurückzuweisen.

Derjenige, der angegriffen worden ist, muß den Angriff mit den weniger gewaltigen Mitteln zurückweisen.

Derjenige, der einen Fremden mit seiner Frau oder mit seinem Sklaven oder mit seiner Sklavin eingeschlossen findet, obschon keine Ertappung an Ehebruch vorhanden ist, hat das Recht, denselben Fremden mit Gewalt zu vertreiben. In diesem Falle ist er für die Folgen der Vertreibung nicht verantwortlich.

Demjenigen, der in ein fremdes Haus hineinschaut, kann dies verboten werden; will er aber in diesem Falle der Aufforderung nicht gehorchen, so kann er gepeitscht oder durchgeprügelt werden.

12. Die Wiedervergeltung (kesos).

Derjenige, der eine unschuldige Person vorsätzlich und ungerecht tötet, wird, wenn die getötete Person gleichen Standes war, der Blutrache unterworfen.

Der Totschlag wird für vorsätzlich betrachtet, wenn er von einer großjährigen und geistesgesunden Person mit einem Mittel, welches oft oder selten Tod verursacht, herbeigeführt wird.

Der vorsätzliche Totschlag kann direkt oder indirekt sein.

Der vorsätzliche Totschlag ist direkt begangen, wenn er durch Erwürgung, durch tödliches Gift (taschamim), durch Säbel (schamschir), durch Steine (schinag), durch Verwundung (zachain) oder durch andere schneidende oder quetschende Mittel vollführt worden ist.

Der vorsätzliche Totschlag kann indirekt in den folgenden Fällen begangen werden:

1. Durch die Handlung des Verbrechers, z. B. wenn jemand den Tod eines anderen durch Speerwerfen verursacht.

2. Wenn der Getötete an der Handlung unfreiwillig teilgenommen hat, z. B. wenn jemand einem anderen vergiftete Speisen zeigt und der letztere, das Gift nicht erkennend, die Speise kostet.

3. Infolge der Teilnahme eines Tieres, z. B. wenn jemand einen anderen zu einem wilden Tiere wirft und das letztere denselben tötet.

Ist ein Totschlag von mehreren Personen verübt worden, so kann die Wiedervergeltung gegen alle oder auch nur gegen einen von ihnen geltend gemacht und letzteren Falles von den übrigen das Wehrgeld gefordert werden.

Damit das Recht der Wiedervergeltung geltend gemacht werden kann, ist erforderlich:

1. Daß gleicher Stand vorliegt, d. h. für das Blut eines Freien kann nur ein Freier, für das eines Sklaven nur ein Sklave verantwortlich gemacht werden.

2. Daß der Getötete ein Schiite sei. Ein Schiite ist für die Tötung eines Ungläubigen nicht verantwortlich.

3. Der Vater und der Großvater sind für das von ihnen vergossene Blut des Sohnes und Enkels nicht verantwortlich; sie müssen nur Buße tun.

Dagegen unterliegt die Mutter der Wiedervergeltung wegen Tötung ihres Kindes, sowie die Kinder wegen Tötung ihrer Eltern.

4. Der Getötete darf nicht eine Person sein, deren Blut von jedermann vergossen werden darf, wie z. B. ein vom Glauben Abgefallener.

Die Wiedervergeltung darf nur von einer großjährigen geistesgesunden Person, welche auch die Unterscheidungsfähigkeit hat, ausgeführt werden.

Die Wiedervergeltung kann nur gegen die wirklich am Totschlag Schuldigen geltend gemacht werden.

Der Verwandte des Getöteten darf den Verbrecher begnadigen.

Der betreffende (nächste) Verwandte des Getöteten muß

die Wiedervergeltung in Gegenwart von zwei durch den Imâm bezeichneten Personen vollziehen.

Die Vollziehung muß ausschließlich mit dem Säbel erfolgen.

Im Falle von Totschlag findet eine volle Wiedervergeltung statt, d. h. der Verwandte des Getöteten hat das Recht, den Verbrecher zu töten.

Im Falle von Körperverletzungen aber findet man die sogenannte „spezielle Wiedervergeltung“ (arabisch: kanasch al tarîb), was im Abhauen der einzelnen Glieder des Körpers des Verbrechers besteht.

13. Der Blutpreis (diyet).

Der Blutpreis für eine Tötung oder Körperverletzung tritt nur dann ein, wenn die Person, welcher das Recht der Blutrache zusteht, auf dieselbe verzichtet und auf ein Wehrgeld eingeht, oder auch in den Fällen, wo solches durch das Gesetz vorgeschrieben ist.

Der Totschlag ist — nach dem persischen Recht — „nach seiner Natur“ dreierlei, d. h. er ist „vorsätzlich“, „beinahe vorsätzlich“ und „völlig unvorsätzlich“.

Der „beinahe vorsätzliche Totschlag“ liegt vor, z. B. wenn jemand einen anderen züchtigte und wenn derselbe infolge der Züchtigung gestorben ist.

Der „völlig unvorsätzliche Totschlag“ liegt vor, wenn z. B. jemand ein Tier niederschießen will und schießt einen Menschen nieder.

Ebenso unterscheidet das persische Recht auch die Körperverletzungen.

Der Blutpreis gilt für die Fälle, wo 1. ein vorsätzlicher Totschlag, 2. eine beinahe vorsätzliche Tötung, 3. ein unvorsätzlicher Totschlag, 4. eine vorsätzliche, 5. eine beinahe vorsätzliche und 6. eine unvorsätzliche Körperverletzung begangen worden war.

Die Qualität des Blutpreises ist, im Falle jemand einen freien schiiten Mann vorsätzlich getötet hat, in 100 mindestens 5 Jahre alten Kamelen oder in 200 Kühen oder in 1000 Dinars von Gold bestimmt.

Der Blutpreis muß binnen eines Jahres gezahlt werden.

Die Schwere dieser Strafe besteht im Lebensjahre der Tiere und in der Kürze der Frist.

Im Falle aber, wo ein beinahe vorsätzlicher Totschlag begangen worden ist, ist der Blutpreis in 33 mindestens 3 Jahre alten Kamelen, in 33 mindestens 4 Jahre alten und 34 mindestens 5 Jahre alten Kamelen bestimmt.

Im Falle, wo ein unvorsätzlicher Totschlag begangen worden ist, ist der Blutpreis in 20 ein Jahr alten, 20 zwei Jahre alten, 30 drei Jahre alten und 30 zwei Jahre alten Kamelen bestimmt.

Alle diese sind binnen 3 Jahren zu geben.

In Fällen von Körperverletzungen sind andere Summen bestimmt worden.

III.

Gerichtsverfassung und Prozedur.

Es gibt in Persien dreierlei Gerichte: Strafgerichte (urf), Zivilgerichte (scheher) und die sogenannten „Gesetzgerichte“ (diwân).

Der Präsident der Strafgerichte ist in den einzelnen Provinzen der Khán, dessen Urteile dem höchsten Gericht (Diwân Begiij) unterbreitet werden.

Die Zivilgerichte sind für privatrechtliche Angelegenheiten die „Gesetzgerichte“, welche aber — in einigen Fällen — auch für Zivil- und Strafangelegenheiten zuständig sind.

Der einzelne Richter ist der Kazi (arabisch und türkisch: Kadi); er ist eine geistliche Person, welcher die Unter-

suchung und Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten der Schiiten enthaltenen Regeln obliegt.

Der Kazi wird vom Imâm oder von der obersten weltlichen Behörde des Landes eingesetzt. Ohne von diesen autorisiert zu sein, darf sich niemand die Würde eines Kazi beilegen noch Angelegenheiten entscheiden, die zur Kompetenz des Scheriagerichts gehören [9]).

Die Kompetenz des Kazi erstreckt sich nur auf die Orte, für welche er designiert ist und wo sich die ihm untergebenen geistlichen Personen befinden. In Sachen aus anderen Provinzen muß der Kazi sich mit den dortigen Geistlichen in Beziehung setzen.

Es können zwei Kazi in derselben Stadt sein. Sie müssen jedoch in verschiedenen Stadtteilen wohnen und dürfen in keinerlei Beziehungen und Verbindlichkeiten hinsichtlich ihrer Entscheidungen treten.

Der Kazi hat das Recht, in dem Bezirk, für welchen er ernannt ist, nach seiner Auswahl Personen in den niederen Gemeinde- und geistlichen Aemtern anzustellen. So ernennt er die Kazi für die Dörfer, die Beaufsichtiger der Moscheen und über Grabmäler der Imâme, die öffentlichen Vormünder u. s. w.

Die geistliche Person, welche zum Kazi erwählt werden soll, muß folgende Eigenschaften besitzen: 1. Volljährigkeit, 2. vollständigen Besitz der Verstandeskräfte, 3. Rechtgläubigkeit, 4. notorische Rechtschaffenheit und Unparteilichkeit, 5. unbefleckte Herkunft, 6. ein hinlängliches Maß von Kenntnissen, 7. männliches Geschlecht.

Die Pflichten des Kazi sind:

1. Daß seine Entscheidungen stets der strengsten Gerechtigkeit entsprechend seien, im Hinblick auf das Gebot Gottes alle Streitigkeiten zwischen Schiiten ohne alle Parteilichkeit zu entscheiden, sei es auch gegen Verwandte und Freunde.

2. Der Kazi hat darauf zu sehen, daß jedem das ihm

---

[9]) D. h. die Zivil- und Strafsachen.

Gebührende zukomme. Er muß daher in Vormundschafts- und Kuratelsachen über Minderjährige, Wahnsinnige und Verschwender, sowie in Sachen, die Gefangene betreffen, amtlich einschreiten.

3. Der Kazi muß in allen Sachen, mit denen er nicht völlig bekannt ist, die Meinung und den Rat sachverständiger Personen einholen.

4. Der Kazi darf in solchen Sachen keine Entscheidung treffen, in denen sein Vater, sein früherer Herr[10]) und sein Feind beteiligt ist.

5. Die Untersuchung muß von dem Kazi nicht in der Moschee, sondern an einem besonders dazu bestimmten Orte, vorzugsweise in der Nähe der Moschee und auf dem Hofe derselben geführt werden.

6. Der Kazi muß zu seinen Urteilen eine bestimmte Tageszeit festsetzen.

7. Zur bestimmten Zeit muß der Kazi sich in die Moschee verfügen, sein Gebet verrichten und sich dann zur Kanzlei begeben, wo er sich mit dem Rücken gegen Osten setzt und die streitenden Teile vor sich bescheidet, so daß dieselben während der Untersuchung mit dem Gesicht gegen Osten gerichtet stehen.

8. Vor dem Gericht des Kazi hat jedermann, weß Glaubens und Standes er sei, gleiches Recht auf Höflichkeit und Gehör. Befinden sich aber ein Schiite und ein Ungläubiger zu gleicher Zeit vor Gericht, so muß der Kazi dem ersteren gestatten, sich zu setzen; der letztere muß vor ihm stehen.

9. Vor allem muß sich der Kazi bemühen, eine friedliche Aussöhnung zwischen den Streitenden zu stande zu bringen, durchaus aber die Erbitterung zwischen ihnen nicht noch mehr zu entflammen suchen. Auch darf er keiner der Parteien eine Anleitung darüber geben, wie sie zu verfahren habe.

10. Zur Entscheidung der Sachen schreitet der Kazi nach

---

[10]) D. h. wenn der Kazi ein Freigelassener ist.

der Reihenfolge, wie die Klagen angebracht sind; er muß zuerst die Sachen, in welchen die streitenden Teile bereits gehört sind, abmachen, und kann erst dann eine neue Klage in Untersuchung ziehen.

Die Beweisführung geschieht durch Eid oder Zeugnis oder Geständnis.

Der Eid eines Schiiten muß einzig und allein unter Anrufung des göttlichen Namens geleistet werden. Das Schwören bei den Eigenschaften Gottes, dem Qoran, den heiligen Orten u. s. w. ist ungültig.

Zur Gültigkeit des Eides ist erforderlich:

1. Innere Ueberzeugung von der Wahrheit dessen, was beschworen werden soll.
2. Freiheit von jedem Zwange.
3. Kenntnis von dem, was beschworen werden soll.
4. Volljährigkeit.
5. Voller Besitz der Verstandeskräfte.
6. Dispositionsbefugnis über seine Person.

Der Eid eines Ungläubigen hat volle Glaubwürdigkeit und Gültigkeit, wenn er nur den Namen Gottes angerufen hat.

Der Eid wird den Schiiten vom Kazi oder einer anderen geistlichen Person abgenommen. Das Gewicht des Eides vergrößert sich je nach dem Inhalt desselben, nach dem Orte und nach der Zeit, in welcher er geleistet wird.

Der Inhalt des Eides ist wie folgt:

„Im Namen des einigen Gottes, des Gütigsten, Barmherzigsten, des Strafenden, des Siegverleihenden, des Erleichterers des Loses der Schuldigen, des Gebers der Güter und Gaben, des Allwissenden, des Rächenden und vor dem alles Verborgene enthüllt und offenbar ist."

Dem Orte nach, wo ein Eid geleistet wird, steigt dessen Gewicht und wird erhöht, wenn er in einer Moschee, in Mekka und überhaupt an einem Orte geschworen wird, welcher durch Verehrung oder Wallfahrten geheiligt ist.

Der Zeit nach vergrößert sich das Gewicht eines Eides,

wenn er an einem Freitage oder an größeren Feiertagen geleistet wird.

Jeder Schiite ist zur Zeugnisleistung verpflichtet, sei es auch gegen seine Verwandten und Freunde, insofern er Kenntnis von der Sache hat, in welcher er zum Zeugen aufgerufen wird.

Kranke können ihr Zeugnis zu Hause oder vermittels Bevollmächtigter, die sie vor Zeugen zu ernennen haben, ablegen.

Weigert sich jemand hartnäckig in einer Sache, in welcher ihm die Wahrheit bekannt ist, Zeugnis zu legen, so wird er zur Strafe gezogen.

Es können nur solche Personen zum Zeugnis zugelassen werden, bei denen folgende Bedingungen zusammentreffen:

1. Volljährigkeit.
2. Voller Besitz der Verstandeskräfte.
3. Rechtgläubigkeit.
4. Rechtschaffenheit und unbescholtener Lebenswandel.
5. Unverdächtigkeit.
6. Wissenschaft von dem, worüber Zeugnis gelegt werden soll.
7. Unbefleckte Herkunft.

Was die Zahl der Zeugen betrifft, so bestimmt dieselbe das Gesetz für jeden Fall. Regelmäßig sind zwei Zeugen männlichen Geschlechts erforderlich. Bei den Verbrechen des Ehebruchs, des widernatürlichen Umganges von Weibern untereinander und der Päderastie sind vier männliche Zeugen oder auch drei männliche und zwei weibliche oder endlich zwei männliche und vier weibliche Zeugen erforderlich.

Die Verbrechen der Sodomie, des Diebstahls etc. müssen wenigstens von zwei Personen männlichen Geschlechts bezeugt werden.

XIV.

Ländliche Gewohnheitsrechte einiger Gebiete Kalabriens.

Vergleichende Studie.

Von

Dr. **Raffaele Corso** aus Nicotera[1]).

I. Jagd.

§ 1. Gebräuche.

Wenn das Recht nicht niedergeschrieben ist, ist es lebhafter, weil es praktisch geübt wird. So meinte Jakob Grimm. Ist es nicht so mit dem Jagdrecht? Die eingewurzelte Gewohnheit, die niemals in Statuten festgesetzt ist, ändert nicht ihre ursprüngliche Art, sondern pflanzt sich fest und unverändert von Jäger auf Jäger fort. Sie wird von den Schiedsrichtern in voller Kraft aufrecht erhalten, die bald die Alten sind und bald die Hauptpraktiker. Deshalb sind die Streitfragen der Billigkeit und Einsicht eines Schiedsrichters überlassen, vor dem sich durch die streitenden Parteien ein wirklicher Prozeß entwickelt, um die Wahrheit zu erforschen und der Gerechtigkeit eine Bürgschaft zu bieten. Wenn sich mehrere Jäger zu einer Gemeinschaft zusammentun, so wird unter ihnen ein Jägerhauptmann ausgewählt, der nicht nur die Fragen des Tages zu ordnen hat, sondern dem es auch obliegt, die Streitigkeiten, die sich entwickeln, nach den durch den Gebrauch geheiligten Vorschriften zu schlichten. Und darum werden die Streitigkeiten, die sich aus der Okkupation entwickeln, nach folgenden Gebräuchen entschieden.

Das Eigentum an Wild wird mit dessen Ergreifung er-

---

[1]) Ins Deutsche übertragen von E. S.

worben und mit der Tatsache, daß das Tier tödlich verwundet und vom Jäger verfolgt wird, weshalb es anderen nicht erlaubt ist, von dem Tier Besitz zu ergreifen, ausgenommen den Fall, daß der Jäger von der Verfolgung absteht. Diese Theorie geht über das Tatsächliche hinaus.

Wenn jemand einen Baum erklimmt oder ein Netz ausspannt, um ein Nest auszunehmen, ihm aber bei dieser Betätigung die Vögel davonfliegen, so gehört die Beute demjenigen, der davon zuerst Besitz ergreift. Wenn dagegen der Vogel oder das Nest bereits in der Hand des Jägers gehalten wurden, dann aber entkamen, so ist es gerecht, daß, wer sie ergreift, sie zurückerstattet.

Diese feine Vorschrift findet eine tägliche Anwendung in den Streitigkeiten der Bauernkinder, welche aus dem Verkauf der Vögel einen dürftigen Nutzen ziehen; denn die Erwachsenen vernachlässigen die Jagd von Tag zu Tag mehr, um sich der Landarbeit und der Viehzucht zu widmen [2]).

Die Streitigkeiten über die Teilung der Beute werden nach folgenden Vorschriften geregelt:

a) Wenn das auf einem Besitztum verwundete Tier auf ein anderes Grundstück entflieht, wo die Jagd verboten ist, so hat der Jäger ein Recht auf die Beute, so lange er nicht die Spur verliert. Beim Verfolgen der Beute von einem Besitztum auf das andere, muß der Jäger ohne Beschädigung, Bruch oder Verwüstung der Gehege und Schutzwehren einherspringen.

---

[2]) In einem Kinderspiel Kalabriens findet sich der Hauptgrundsatz, der die Jagdgebräuche regelt. Das Kind, welches Süßigkeiten bekommen hat, will seinen Spielgefährten davon geben und wirft ein Stück etwas entfernt zur Erde. Wem es zuerst gelingt, das Konfekt zu erhaschen, kann die Süßigkeit verzehren. Die Spannung ist groß, und das Kind, welches die so heiß ersehnte Süßigkeit von sich schleudert, ruft: Nigliu, nighiu! Chini l'axia si lu pigliu. Der Ruf: Hühnergeier (nibbio) wird gebraucht, um den zu erwähnen, an den der Gegenstand kommen soll, da der Vogel, der diesen Namen trägt, in der Luft sehr geschickt im Greifen der kleinen Vögel ist. Vgl. „La Calabria", Anno VII, p. 15.

b) Wenn das verwundete Tier entflieht und unmittelbar von anderen gefunden wird, so gehört es dem ersten Jäger. Derjenige, der es findet, macht es sich zu eigen, wenn der Jäger von der Verfolgung Abstand genommen hat, oder wenn man wegen Zeitverstreichens den Verzicht voraussetzen kann.

c) Wenn zwei oder mehr Jäger zufällig dasselbe Tier verfolgen, so gilt folgende Vorschrift:

Cu megghiu fuji a caccia pigghia,

d. h. derjenige, der schneller in der Verfolgung ist, wird die Beute haben.

d) Wenn es sich statt des einen Jägers um eine Schar, eine Verbindung von Jägern handelt, so gebührt der Kopf und das Fell demjenigen, der das Tier verwundet oder tötet; wenn mehrere es töten, dem ersten. Z. B. wer das Wildschwein tötet, bekommt den Kopf „ante parte". Oder es kann vorkommen, daß zwei das Wildschwein gleichzeitig getroffen haben, in solchem Falle betrachtet der Jägerhauptmann die Schüsse und entscheidet nach Verdienst.

e) Wenn eine Jagdgesellschaft ein Tier verwundet, welches entflieht, und zu derselben Zeit ein fremder Jäger das fliehende Tier tötet, so gebührt dem neuen Jäger der tödliche Stoß.

In dieser Sache hat die volkstümliche Jurisprudenz eine andere Entscheidung, und zwar:

1. Der Hund der Jagdgesellschaft verfolgt das Tier.

2. Der Hund der Jagdgesellschaft läßt von der Verfolgung des Tieres ab.

Im ersten Falle, auch wenn der fremde Jäger das Tier tötet, gehört es der Gesellschaft, im zweiten dem neuen Jäger.

§ 2. Vergleichende Geschichte.

a) Allgemeines.

Der ursprüngliche Grundsatz, der die uns berichteten Gebräuche beherrscht, ist, daß nur die körperliche Ergreifung den legitimen Herrn des Wildes bestimmt. Deshalb machen

die Gebräuche einen Unterschied zwischen dem Jäger, der die aus der Hand entflohenen Vögel zurückverlangt, und dem Jäger, der sie nicht zurückverlangen kann, wenn sie ihm vor der körperlichen Besitzergreifung entkommen sind.

Dieser Begriff des Besitzes lebt weiter in dem Fall eines angeschossenen Tieres, wenn es auch auf das Gebiet entflieht, wo die Jagd verboten ist (a); er ist wirksam in dem Fall der beiden Jäger, welche dasselbe Tier verfolgen, in dem er dem schnelleren von ihnen den Vorzug gibt (c); er ist richtig in dem unter der Nummer (e) beschriebenen Falle, weil eine sichere Rechtsfiktion in dem verwundeten Tier, auch wenn die Verwundung nicht tödlich ist, einen Beweis, ein Zeichen der körperlichen Ergreifung erblicken läßt.

Ein solches grundsätzliches Kriterium bringt den langobardischen Grundsatz in Erinnerung, nach welchem das verwundete oder von Hunden umstellte oder mit der Schlinge gefangene Tier schon Eigentum des Jägers war, in der Art, daß jeder, der sich in des Wildes Besitz gesetzt hat, es ihm zurückgeben muß. Es ist bemerkenswert, daß so im langobardischen Recht (Roth 309, 311—313 und im Schwabenspiegel c. 236) wie in den Gebräuchen Kalabriens, der Hund, der das Wild verfolgt, als ein Beweis für die körperliche Besitzergreifung zu betrachten ist.

Das steht im vollkommenen Gegensatze zur Grundregel des griechisch-römischen Rechtes, welches in den Bauerngesetzen jener Zeit im kalabresischen Gebiet angewandt, bestimmte: Unde nec vulnerata fera, nisi capta fuerit, fit eius qui vulneravit. Aber dieses Uebergewicht des langobardischen Rechtes über das römische, welches schon Savigny erwähnte, kann man nicht anders erklären, als daß man den Zustand der italienischen Zivilisation betrachtet, welche vorwiegend landwirtschaftlicher Art war, im Gegensatz zu einem Jägervolk, wie das langobardische. Deshalb haben die Italiener wenigstens auf dem Gebiete des Jagdrechts die Grundsätze der Eindringlinge angenommen.

b) Wolfstöter.

Das Jagdverbot, welches manchmal für gewisse Klassen von Personen gegeben wird, oder für gewisse Ortschaften oder in bestimmten Jahreszeiten Anwendung findet[3]), wird nicht angewendet, wenn es sich um das Töten von schädlichen Tieren handelt, wie Wolf, Fuchs, Wildschwein, Stinktier, Marder, Dachs u. s. w. So findet sich diese Anordnung, die in den alten Gesetzgebungen sich vorfand, noch in der Verordnung für die Ausübung der Jagd, welche vom Provinzialrat zu Catanzaro im Jahre 1885 verfaßt worden ist (Art. 2).

Die Volkssitte übt in dieser Beziehung einige Besonderheiten: die Gemeinden haben nämlich oft Preise für Wolfstöter ausgesetzt[4]). Da diese Geldprämien nicht mehr gebräuchlich sind, so geht der Jäger, welcher einen Wolf getötet hat, von Hütte zu Hütte der Hirten und zeigt den Kopf oder das Fell des getöteten Tieres. Man bietet ihm manchmal einen Hammel, manchmal einen großen Käse oder irgend eine andere Belohnung, so daß es wirkliche Wolfstöter gibt, die, bevorzugt vom Gesetz und von den Interessenten unterstützt, dabei für ihre wohltätige Handlung gelobt und belohnt werden[5]).

---

[3]) Anordnungen für die Ausübung der Jagd in der Provinz von Catanzaro, 1885.

[4]) Pugliese, Descriz. e Stor. narrazione ecc. di Cirò. Napoli 1849, I, 98.

[5]) Zur Zeit der Merovinger und Karolinger gab es Wolfstöter, die beauftragt waren, die Wölfe zu vernichten. Unter Franz I. wurden diese Wolfstöter einem Wolfstöterhauptmann von Frankreich untergeordnet. In den Ländern, wo keine Einrichtung der Wolfstöter war, haben die Gemeinden und die Bürger richtige Gesellschaften für die Wolfsjagd und zur Rettung der eigenen Viehzucht gebildet. Diese Sitte besteht noch in Spanien (Costa, Derecho Consuct. ecc. I, 258); daraus können wir schließen, daß von den Bürgern, wenn sie einen einzelnen Menschen mit der Wolfsjagd beauftragen, diesem lieber Belohnungen und Geschenke geboten werden, als daß sie selbst an der Jagd teilnehmen. So geschieht es bei den kalabresischen Hirten.

II. Rechte und Pflichten der Grenzbesitzer.

§ 1. Grenzen.

Die Grenzen der Einzelgrundstücke unterschieden sich nach Ortsrecht in natürliche und gewillkürte. Die ersteren sind durch Bodenerhebungen gekennzeichnet, welche eine wirkliche Grenze bilden und mit dem Namen sinteri (sentiero) belegt werden. Die anderen werden von den Besitzern bestimmt, und zwar durch eine Furche, die durch den Pflug eingegraben oder mit verschiedenen Schlägen der Hacke auf der Linie eingeschlagen wird, die durch die paricchiara bezeichnet ist. (Paricchiara = ein 7 Schritte langes Seil, welches den Namen von paro, paio di buoi — Ochsenpaar — erhält, bei welchem es gebraucht wird.)

An den Enden dieser Spur und genau an jeder Ecke pflanzt man Holunderbäume oder man gräbt große Steine ein, welche ceppi [6]) (Stämme) genannt wurden, und das macht man mit gegenseitiger Uebereinstimmung in Gegenwart von Schiedsmännern und Zeugen. Oft hat man den Vorzug bemerkt, dessen Knaben als Zeugen teilhaftig werden; dies geschieht wegen des jungen Lebensalters und des frischen Gedächtnisses, welches sie befähigt für lange Zeit Umstände und Oertlichkeiten in Erinnerung zu behalten [7]).

---

[6]) Der ceppo ist eigentlich der Fuß des Baumes, aber er wird im allgemeinen zur Bezeichnung des Familienstammbaums angewendet. Solcher Name, zur Bezeichnung der Grenzsteine gebraucht, erinnert an das hellenische Symbol, durch welches man an den Pfeilern, welche die Grundstücke begrenzten, das Geschlecht erkennen konnte. Deshalb lesen wir in Homer (Odyss. XIX. v. 163): Οὐ γαρ ἀπὸ δρυός ἐσσι, παλαιφάτου οὐδ' ἀπὸ πίτρος. In der Provinz Leon (Spanien) werden die Grenzsteine testigos (de piedra) genannt, und von ihnen geht eine furchtbare Legende, welche dazu geeignet ist, den Grenzübertretern Furcht einzuflößen, Costa II, p. 263.

[7]) Das Zusammentreffen ist bemerkenswert, das diese Tatsache mit einer in dem Gesetz der Ripuarier (60, I.) hat, wenn sich auch in den kalabrischen Gebräuchen nicht der Akt des Ohrziehens bei dem zum Zeugen aufgerufenen Kinde findet.

Drei Teile des Grenzpfades werden dem Besitzer des Hauptgrundstückes zugerechnet, und auf ein solches Vorrecht, welches mit Hilfe der Natur entstanden ist, beziehen sich folgende Gewohnheiten:

1. Der Besitzer des herrschenden Grundstückes darf auf dem Pfade Anpflanzungen machen, jedoch hat der Besitzer des dienenden Grundstückes das Recht, einen Stab auf der Grenze aufzurichten, welcher das Eigentum der Zweige und Früchte bestimmt, je nachdem sie diesseits oder jenseits herüberragen (Joppolo).

2. Der Besitzer des dienenden Grundstückes muß beim Hacken die Furche beachten, damit das Wasser frei abfließt.

3. Wenn keine Furche da ist, darf er nicht die Erdhügel niederhacken, weil der Pfad sonst vernichtet wird[8]).

4. Wenn der Pfad herunterstürzt, fordert der Eigentümer des tiefer gelegenen Grundstückes den anderen auf, das Erdreich fortzuschaffen und die Grenzzeichen festzulegen. Wenn drei Tage verstrichen sind, so kann der Eigentümer das heruntergestürzte Erdreich in seinen Besitz nehmen[9]) (Preitone).

Wenn ein Baum, z. B. eine Eiche, von selbst auf dem Pfad heranwächst, so kann der tiefer wohnende Eigentümer das Fällen des Baumes fordern. Wenn der andere nicht mit dem Fällen einverstanden ist, so bekommt der obere Eigentümer das Holz = den Stamm, während der untere Besitzer

---

[8]) Vgl. Cons. Sorrent. Rubr. XXVIII: de ligonizantibus ripam alterius; Rubr. XXXIV: de runcantibus ripam alterius. Die Statuten Terr. Gradariae bestimmen, daß, wer Grundstücke besitzt, die durch die natürliche Lage niedriger liegen, nicht hacken noch die Erdhügel desjenigen eben machen soll, welcher das höher gelegene Grundstück besitzt: er darf nicht hacken noch ebnen, ab uno pede versus grippum, Rubr. CXXXVIII.

[9]) Vgl. Cons. Sorr. Rubr. LVI: de terra ruente ad terram alicuius: Wenn das Erdreich auf das Grundstück des Nachbars fällt, so fordert dieser die Entfernung, und wenn 14 Tage von dem Zeitpunkt der Forderung vergangen sind, so kann er das heruntergestürzte Erdreich sich selbst aneignen.

den Anspruch auf die Früchte des Baumes hat. So gibt es in diesem Falle einen Eigentümer der Substanz und einen Nießbraucher, so lange der Baum steht (Preitone).

§ 2. Grenzbäume.

Eine Regel der Landwirtschaftsökonomie verteilt in gleicher Weise Schaden und Vorteil zwischen die Grenzbewohner, und zwar in der Art: Cu' havi 'n dannu, havi 'n guadagnu (wer den Schaden hat, hat den Vorteil)[10].

Diese Regel, welche einem Billigkeitsgrundsatz entstammt, der folgendermaßen gefaßt wird: „Santa Maria di lu Riparu, undi ti piaci lu duci, ti piaci l'amaru“[11]), besänftigt die Reibungen, mildert die Gegensätze und versöhnt die Streitigkeiten. Deshalb findet man, daß von dieser Regel die Rechte der Grenzbewohner auf die von selbst gewachsenen oder von den Besitzern auf der Grenze gepflanzten Bäume durchdrungen sind.

Die Verteilung der Früchte der Grenzbäume ist eine in der ländlichen Rechtswissenschaft lebhafte Frage, und sie ist auch reich an Parallelen in der vergleichenden Rechtsgeschichte.

Von den Solonischen Anordnungen, welche in der lex 13 finium regund. sich wiederfinden, bis zu den germanischen Sitten, überall führte der Widerstreit der Nachbarn zu Bestimmungen, welche von den Grundsätzen der Volksökonomie beeinflußt sind[12]).

---

[10]) Entsprechend dem juristischen deutschen Sprichwort: Wer den bösen Tropfen genießt, genießt auch den guten.

[11]) Dieser Satz muß wie folgt übersetzt werden: Heilige Maria des Schutzes, wer das Süße hat, soll auch das Bittere haben.

[12]) Verschiedene italienische und ausländische, alte und moderne Sitten, die sonst von dem Prinzip ausgehen, daß das Eigentum der Pflanzen dem des Bodens folgt, erkannten dem Eigentümer des Bodens den Besitz der Aeste der Pflanzen des Nachbars zu, welche sich auf sein eigenes Grundstück herüberstreckten, wie auch der Früchte, die innerhalb der

Hier folgen die hauptsächlichen Sitten, welche diese Materie in Kalabrien regulieren:

a) Der Eigentümer, auf dessen Grundstück sich die Aeste des Nachbars hinüberstrecken, hat ein Anrecht auf die Früchte, die auf sein Besitztum fallen, wie auch auf diejenigen, die er mit der Hand pflücken kann. Wohl verstanden darf er nicht auf den Baum klettern, noch auf die Aeste schlagen, die in sein Besitztum herüberragen (Ricadi, Caria)[13].

In anderen Orten (Brattiró) eignet sich der Nachbar nicht nur die Früchte an, welche auf sein Grundstück fallen, sondern auch die Früchte, die er mit einem drei Handspannen langen Haken erreichen kann.

Grenze seines Grundstückes herüberhingen, oder die schon auf seinen Grund und Boden gefallen waren. Vgl. R. Corso, Usi Contadineschi. (Aus dem „Circolo Giuridicho", 1908, p. 9.)

[13]) Sed non ipsam arborem ascendere — bemerkten die Statuten von Justinopoli (IV, 18), nachdem sie das Recht anerkannt hatten, die Früchte zu pflücken, welche auf das eigene Grundstück herüberragen. Und dieser Begriff ist noch so lebhaft unter den Bevölkerungsschichten Kalabriens, daß eine sehr feine und eigentümliche Anwendung im Gebiete von Joppolo stattgefunden hat. Ein Baum streckte seine Aeste auf das Grundstück des Nachbars herüber, deshalb band der Eigentümer des Baumes die Aeste mit einem Seil fest, damit die Früchte nicht auf den angrenzenden Boden fielen. Der Nachbar aber sagte, als er dies bemerkt hatte, zu seinem Nebenwohner: „Du bindest die Aeste fest, passe wohl auf! Wenn eine Mandel auf mein Grundstück fällt, so wird sie mir gehören, und wenn du auch mit ihr zusammen fällst, so wird dich dasselbe Geschick ereilen!" Es steckt doch in dieser Anekdote ein feiner und gesunder Rechtssinn. Der Eigentümer des Baumes sichert sich die Aeste, sei es, daß er sie schneidet, oder daß er sie auf sein eigenes Grundstück, indem er sie bindet, herüberzieht; aber die Früchte, die fallen, oder die man mit der Hand erreichen kann, gehören dem Nachbar, auf dessen Grundstück die Zweige herüberhängen. In diesem Falle stimmt die kalabresische Sitte mit der von Bari überein (Sparano, Rubr. XXIX), welche dem Eigentümer des Baumes, der auf der Grenzlinie gepflanzt ist, erlaubt, die declavazione zu vollziehen, aber nicht die dem Nachbar gehörigen Früchte zu pflücken. Vgl. auch für andere Analogien über die Grenzanordnungen: Cons. Sorr. Rubr. XXIX u. LXIII; Cons. Neapol. Rubr. XXIX.

b) Die Olivenbäume werden durch besondere Gebräuche geregelt, deren Geltung von Cod. Civ. art. 582 anerkannt ist. Deshalb erlaubt man bald dem Besitzer des Baumes in das Grundstück des Nachbars zu treten, um die herabgefallenen Oliven zu pflücken (Laureana, Nicotera); bald im Gegenteil folgen die Früchte dem Boden mit Rücksicht auf das Prinzip, daß der Wind verteilt (Il ventu sparti) und der Boden den Besitz zuweist (Ricadi, Brattiró, Caria).

§ 3. Risecu (= iter limitare).

Die Grenze muß fest und scharf bestimmt sein. Zu diesem Zwecke muß der Pfad, wenn es sich um Abhänge handelt, einen Streifen haben, der gewöhnlich eine Handspanne breit ist und risecu heißt. Ein solcher Streifen darf nicht durch Kulturarbeiten, nicht durch Urbarmachen vermittels Hacke oder Pflug berührt werden[14]).

Wenn es sich um eine Ebene handelt, muß die Grenzlinie, welche rings am Rand des Grundstücks einen Streifen bildet, unbebaut bleiben. Der Ochse, der den Pflug zieht, schreitet auf der Grenzlinie, der Pflug selbst darf aber in seiner Richtung (verzura) die Linie nicht berühren. Deshalb wird bestimmt, daß der Bau einer Strohscheune mindestens eine Handspanne von der Grenzlinie entfernt sei. Der Nachbar, der das Recht hat, mit dem Ochsen bis zur Grenzlinie zu schreiten, darf eine solche Entfernung beanspruchen, damit die Breitseite des Joches beim Vorübergehen die Scheune nicht berührt.

---

[14]) Der „risecu" ist in der Breite dem „iter limitare" nicht gleich, dieser hat die Breite einer Handspanne und der andere die Breite von 5 Fuß. Dem risecu ähnliches finden wir in den Cons. di Sorrento, Rubr. XXXV, wie in anderen italienischen Statuten. Vgl. Stat. di Modena (1327), I, 128; Stat. Alexandr. (1547), II, 61: unum pedem terre extra plantatam; Stat. Gradariae Rubr. XXX: circum circa terminos unus pes saudi ad minus.

§ 4. Zutritt zu den Grundstücken.

Der italienische Gesetzgeber (Art. 593, 594, 595, 596, C. civ.) hat dem Eigentümer, dessen Grundstück von anderen Besitztümern umgeben ist, das Recht zuerkannt, einen Weg über die benachbarten Grundstücke zu erlangen, um den entsprechenden Gebrauch von seinem eigenen Grundstück zu machen. Aber der entsprechende Gebrauch ist weder bestimmt noch in abstracto bestimmbar, sondern Fall für Fall nach der täglichen Praxis festzusetzen. Deshalb erlaubt das kalabresische landwirtschaftliche Recht, welches uns an die feinsten Einzelheiten des römischen landwirtschaftlichen Rechts erinnert, unterschiedlich die Anlage von Fuß- und Fahrwegen.

Der Fußweg ist nicht breiter als zwei Handspannen, gerade so viel, als für das Gehen eines einzelnen Menschen genügt.

Der Fahrweg mißt in der Breite acht Handspannen und hat in den Biegungen eine Erweiterung[15]). Dieser Fahrweg muß einem mit Tragkörben beladenen Esel oder einem Paar angejochter Ochsen den Weg gestatten, deshalb die Benennung: Fahrweg (strada carrara). Für solche Wege gelten nach der Anordnung des jetzt geltenden Gesetzbuches Ersitzung und langjähriger Gebrauch von 30 Jahren.

III. Duldungsdienstbarkeiten.

Die kalabresische Bevölkerung regelt die Handlungen des Lebens nach einem hohen Gerechtigkeitsbegriff. Die „ars boni et aequi“ ist eine gute und sichere Praxis, weil das Recht zur Sitte, zum Leben und Gesetz wird. Die verschiedenen

---

[15]) Wie man sieht, entspricht dieser Fahrweg der via romana, deren Breite in den XII Tafeln auf 8 Fuß und auf 16 Fuß für die Biegungen festgesetzt wurde. In Kalabrien wird nicht gesagt, wieviel mehr Handspannen die Erweiterung des Fahrweges als seine Breite betragen soll, aber das wird nach dem Bedürfnis des Falles bestimmt.

Fälle und die mannigfachen Streitigkeiten im Laufe der Jahrhunderte haben jene Sammlung von Rechtsnormen hervorgebracht, die das mündliche Gesetzbuch bildet, welches in das Gedächtnis und die Volksüberlieferung eingeprägt ist. Hier folgt eine erste Billigkeitsregel, welche lautet: Jedes Landerzeugnis ist Gottes Erzeugnis, und als solches hat jeder ein Recht, es zu genießen ['a rrobba é di Deu, 'ndi mangi tu, 'ndi mangiu ieu (Orsigliadi)].

Nun, nach diesem allgemeinen Billigkeitsbegriff bildet sich die spezifische Regel, welche folgendermaßen lautet: 'a rrobba di campagna, cu 'ndi pigghia, 'ndavi (wer von den Erzeugnissen des Landes nimmt, hat davon), mit besonderem Bezug auf die Früchte, das Holz, das Gras u. s. w. Deshalb ist es in dem Gebiet von Joppolo und Brattiró dem Vorübergehenden erlaubt, in fremde Grundstücke einzutreten und Trauben, Feigen, Nüsse, Mandeln, Pfirsiche und andere Früchte zu pflücken [16]). In welcher Quantität? Gewiß in einer sehr kleinen und nur als Imbiß des Vorübergehenden. In dem Gebiete von Joppolo und anderswo ist dem Vorübergehenden sogar erlaubt, Früchte im Hemdbusen zu tragen (una pettata), aber nicht mehr. Früchte in einer Tasche oder in Körben

---

[16]) Die Gewohnheit und die statutarische Gesetzgebung erkannten dem Vorübergehenden das Recht zu, 3 Weintrauben, 3 Nüsse und andere Früchte desselben Wertes auf einem fremden Grundstücke zu pflücken. In den Statuten von Diano in Lucanien bestimmte man ein gewisses Maß, und so durfte der Vorübergehende, in Bezug auf Bohne und Kichererbse nicht ultra stirpes sex, de aliis leguminibus . . . branconem, de nucibus et castaneis ... branconem unum mitnehmen. Das Statut von Billerio des 13. Jahrhunderts unterschied: a) ob die Früchte am Tage oder in der Nacht gepflückt waren, b) ob sie im Schoße oder in der Hand getragen wurden. Wenn die Früchte in der Hand getragen wurden, so bestand keine Vermutung des Diebstahls. Wenn des Nachts oder im Schurz, so war die Vermutung für den Diebstahl gegeben, weil hier Arglist vorlag und keine causa comedendi. Für das Alter dieses Gebrauchs vgl. Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, S. 209.

fortzutragen, wird als Diebstahl betrachtet, und das ist eine Schmach für die kalabresischen Bauern. Wie für die Früchte, so gilt dies auch für die anderen Erzeugnisse:

1. Wenn das Mähen vollendet ist, ist es erlaubt, Aehren zu lesen [17]).

2. Wenn die Weinlese beendigt ist, ist es erlaubt, nachzulesen [18]).

3. Wenn die Oliven gesammelt sind, folgt das „sbarro", d. h. das Recht in den Olivenwald einzutreten [19]). In der Ebene heißen die heruntergefallenen und zum Sammeln erlaubten Früchte so lange Oliven der Armen, bis die Olivenhaine gejätet sind; das geschieht im Monat November.

4. Manchmal (Ciró) ist es erlaubt, die in den Eichenwäldern heruntergefallenen Eicheln zu sammeln.

5. Vom Allerheiligenfest an ist das Sammeln von Feigen unter den Bäumen erlaubt (Filadelfia) [20]).

6. Vom November bis April wird in den Privatgrundstücken das Sammeln des Unkrautes erlaubt.

Diese Tatsachen erklären etwas über die Ursprünge und Formen der sogen. Bürgerbräuche. Aber in Wirklichkeit können diese Handlungen, welche nur auf den Gütern der Privatbesitzer und nicht auf dem bona comunalia ausgeübt werden, nicht als Bürgerbräuche betrachtet werden. Es sind Duldungsdienstbarkeiten — man gestatte uns den Ausdruck — und nichts anderes, weil die Eigentümer dulden,

---

[17]) Das Aehrenlesen ist erst erlaubt, wenn der Pächter die timogna, d. h. die Anhäufung des Korns, gemacht hat. Dieser Umstand wird im Statut von Bologna (1250, I, 16) erwähnt, welches das Aehrensammeln verbietet, bevor: blada fuerit ligata et pignonata.

[18]) Vgl. über Einzelheiten: Pugliese, Descriz. e Storica Narrazione di Ciró, II, 139.

[19]) Vgl. Pugliese, op. cit. loc. cit.

[20]) In den Statuten von Diano war bestimmt: De ficubus vero si quis acceperit post festum Omnium Sanctorum non tenetur ad bannum. Macchiaroli, Diano e l'omonima sua valle, p. 203. Napoli 1868.

daß die Bürger, besonders die Armen, Aehren und Holz auflesen und das Unkraut sammeln.

Es gibt viele Bürgerbräuche von ähnlicher Form und Natur, die mit der Geschichte des Lehns, der Regelung über das Verhältnis zwischen Baronen und Vasallen im Zusammenhange stehen[21]). Anstatt hierüber mehr zu sagen, gehen wir darüber hinweg. Wir möchten dagegen die Gemeinweide erwähnen, welche sich von dem Schema der Duldungsdienstbarkeit nicht entfernt[22]), wenn sie auf dem Privatbesitz ausgeübt wird, und zwar:

a) Nach dem Mähen des Korns bis zu dem Tage, wo die Stoppeln abgebrannt werden (während des ganzen Juli).

b) Wenn die Kornernte zu Ende ist (September), bis zu dem Tage, wo man das Land neu bestellt.

c) Wenn das Mähen des Heus (Mai) zu Ende ist.

Der Eigentümer, der von der Gemeinschaft zurücktreten will, pflanzt in dem Hintergrund oder am Rand des Feldes zugespitzte Rohrstöcke auf (Monteleone, Nicotera) oder ein Zaungebüsch (Brattiró). Sind vielleicht solche Symbole das Bild der wifa?[23])

---

[21]) Vgl. z. B. die Kapitel von 1778 zwischen der Gemeinde von Ciró und dem Lehnträger: Pugliese I, 195. Vgl. auch Lombardi, Storia degli usi civici nelle prov. napoletane.

[22]) Daß solche Tatsache nur eine einfache Duldung ist, wird von Grimaldi erwähnt, Studi statistici sull' industria agric. della Calabria Ultra II, p. 33. Napoli 1845.

[23]) Die Wifa vom germanischen Ursprung, im 13. Jahrhundert ins Christentum übernommen, wurde zur Zeit des Gemeineigentums in den zur Weide bestimmten Boden eingepflanzt, und dies einfach nur für das laufende landwirtschaftliche Jahr. Von Wifa kommen die Worte: ghiffa, guiffa e biffa, mittelalterlich die ersten zwei, modern das letzte. V. „Archiv. Storic. Italiano“, Dispensa 3, Anno 1904. Die Sitte der kalabrischen Bevölkerung steht im Gegensatz zu der Anordnung des Code civil, welcher im Falle einer Auflösung der Weidegemeinde die Kündigung vorschreibt, welche im Jahr vorher bei der Gemeindeverwaltung anzuzeigen ist. (Art. 683.)

IV. Verantwortlichkeit des Herrn für den durch Tiere verursachten Schaden.

§ 1. Regeln und Sitten.

Die alte Sitte, die Ochsen betreffend, ermächtigte die geschädigten oder die einen Schaden fürchtenden Eigentümer, den Herrn der umherstreifenden Ochsen mit der Bedrohung, daß man sie töten würde, zu warnen (Cons. Cathacenses 9). Man erinnert sich, daß während des spanischen und französischen Regimentes bis zu den Bourbonen die auf frischer Tat gefaßten Tiere vom Eigentümer des geschädigten Grundstückes festgenommen und zum Pfandhaus geführt wurden. Heute, wo die Gemeindegerichtsbarkeit verschwunden ist, macht die Sitte einige Unterschiede, indem sie die Tiere folgendermaßen unterscheidet: Seiltiere, Herdentiere, Schweine und Geflügel.

a) Die Seiltiere, die auf frischer Tat festgenommen sind, müssen vor Sonnenuntergang frei gegeben werden. Deshalb nötigt man den beschädigten Herrn, die Festnahme der Tiere dem Eigentümer mitzuteilen, und sobald sich dieser an den Pfandort begibt, um sein Tier zurückzuerhalten, zeigt man ihm vor Schiedsrichtern und Zeugen den Ort und die Wesensheit des Schadens.

b) Es mildert nicht die Verantwortlichkeit des Herrn, wenn das schädigende Tier ein Herdentier ist (Schaf oder Ziege) oder ein Schwein.

Aber ein eigentümlicher Gebrauch, ein Ueberbleibsel von alten Praktiken, wurde mir auf dem Monte Poro mitgeteilt: Wenn sich von der weidenden Herde ein Schaf absonderte und fremde, schon bestellte Besitztümer schädigte (sie sagen: „si mangiau l'arvitii"), dann ist es erlaubt, das Tier festzunehmen. Zu diesem Zweck schneidet der Festnehmer einige Wollbüschel ab und schickt sie dem Eigentümer, indem er ihm so die Festnahme des Tieres mitteilt, und wenn er von

ihm das Versprechen des Schadenersatzes bekommen hat, dann gibt er das Schaf zurück.

Der Hirte indessen, der den Fall bemerkt hat und das Schaf nach dem Schall des Blökens verfolgt, kann es ohne Verpflichtung auf Schadenersatz zurückverlangen. Es ist eine eigentümliche fictio juris, daß das Blöken ein Zurückrufen des Hirten beweist, welcher das Tier ohne Schuld oder Absicht verloren hat.

§ 2. Geschichtlich vergleichende Bemerkungen.

Die erwähnten Sitten bilden ungefähr die Entwicklung des Art. 1154 des jetzt geltenden Bürgerlichen Gesetzbuches, welcher lautet: Der Eigentümer eines Tieres, oder wer sich dessen bedient, ist für die Zeit, in welcher er sich des Tieres bedient, haftbar für den Schaden, den das Tier verursacht, sei es für die Zeit, in welcher das Tier unter seiner Obhut ist, sei es für die Zeit, wo es entflohen oder abhanden gekommen ist. Aber die Ortsgebräuche gestatten die Festnahme des schädigenden Tieres, damit diese den Eigentümer an den Tatort zurückruft und ihn von dem verursachten Schaden überzeugt. So ist die Festnahme ein einfacher Akt des Beweises, ein wahres Zeugnis für die Forderung der Entschädigung, und deshalb darf man die Festnahme nicht mit der römischen pignoris capio vermischen[24]). Diese Festnahme kommt sicher von einer solchen Einrichtung her, hat aber nicht mehr die juristische Bedeutung, welche die Römer der pignoris capio zuschreiben.

Die volkstümlichen Gesetze des Mittelalters erkannten im Widerspruch zu dem römischen Recht (D. L. 39, ad legem

[24]) Diese Meinung wird verteidigt von M. Pedregal, welcher auf den Spuren von Summer Maine (Early History of Institution) die Festnahme der schädigenden Tiere bei den asturischen Bevölkerungen erforscht. Vgl. Costa, Der. Cons. y Econ. Pop. en España, II, 118.

Aquiliam) dem Eigentümer des Grundstückes nicht nur das Recht der Festnahme des schädigenden Tieres zu, sondern auch unter gewisser Bedingung die Tötung. Und in dieser Beziehung unterschieden sie, ob der Schaden von kleineren Tieren (Ziegen, Hammeln, Schweinen) oder von Ochsen, Pferden, Eseln angerichtet worden war. Im ersten Falle konnte das schädigende Tier getötet werden, aber im anderen Falle konnte der Geschädigte nur eine Geldentschädigung erlangen [25]).

Heute könnte eine solche Einrichtung nicht bestehen, denn sie wäre dem Recht und der Vernunft zuwider, aber sie lebt umgeformt in der Festnahme als Beweismittel fort. Deshalb müssen vor Untergang der Sonne die festgenommenen Ochsen oder Kühe dem Eigentümer zurückgegeben werden; deshalb muß der Festnehmer das zurückbehaltene Tier bewachen, als ob es sein eigenes wäre. Aber auch solche Einrichtungen finden ihren geschichtlichen Vergleich, denn durch die leges rusticae (νομὸς γεωργικός), welche in Kalabrien angewandt wurden, war festgesetzt: Si quis bovem in vinea vel agro, vel alio loco pauperiem facientem invenerit, nec eum domino suo tradiderit, omne datum in fructibus damnum ab eo exacturus. — Und weiter: Nam qui jumentum alienum sua depascens invenerit, neque id includere, neque vehementius agere debet, sed ut proprium tractare [26]).

Was die Dauer der Festnahme betrifft, so kann in förderlicher Weise die Zeitdauer verglichen werden, welche das französische Gewohnheitsrecht bestimmte: Qui prend bêtes en dommage ne les peut retenir; ains les doit mener en justice dans les vingt-quatre heures (Loysel, Inst. Cont. II. tit. 2° r. 36).

---

[25]) Lex Burg. add. prim, tit. II, c. 1, 2, 3. — Edict. Roth. CCCLIV, CCCLV. Auch in manchen italienischen Statuten wurde ein solches Recht bestätigt: Stat. di Lauria, Cons. di Catanzaro. V. Perla, Il dir. long nelle Cons. Mer. 67.

[26]) Leunclavius, Ius Graec. Rom. (Francof. 1596) II, p. 160, 161.

§ 3. Milderungen.

Der beschriebenen Sitte, welche die Seiltiere betrifft, folgen Milderungen, welche die Verantwortlichkeit des direkten Eigentümers oder des Behüters mildern. Die Milderungsgründe betreffen die Zeit:

a) Wenn Kuh oder Ochse von Mitte Mai bis Mitte Juni von der Kuhfliege geplagt sind, so spricht zu Gunsten des Führers die unbezähmbare Gewalt, weshalb er für den durch die Tiere verursachten Schaden nicht haftbar wird.

b) Dem Pferd, Maulesel und Esel wird eine gleiche unbezähmbare Gewalt zugeschrieben, und zwar vom 22. Juni ab. Solche Milderungsgründe sind durch folgende Sprüche bekannt:

a) Quandu canta 'u cuccu
U massaru si scippa tuttu.

b) 'A calata da fera
Dassa a vacca e pigghia a sumera.

oder

Jornu di santu Vitu,
Dassa 'u voi e pigghia 'u pusghitru.

Solche Sprüche gibt es allerwärts, und sie bezeugen die Ankunft des Kuckucks (Mitte Mai) als Termin, oder die Pappelmesse auf dem Monte Poro (22. Juni) und auch das Fest von San Vito. Der erste Termin betrifft das Rindvieh, der zweite und der dritte die Esel und die Lasttiere im allgemeinen.

§ 4. Fortsetzung der Regeln und Sitten.

c) Federvieh (Geflügel).

Das Federvieh, die Tauben u. s. w., kann man nicht festhalten, deshalb ist der Eigentümer nicht für den Schaden verantwortlich; es genügt, daß er ein Hühnerhaus, ein Taubenhaus oder sonst eine Hütestätte hat.

Wenn das Geflügel, in einem Meierhofe großgezogen, in dem Besitz eines anderen umherstreift, so hat der Eigen-

tümer des Geflügels das Recht, den Nachbarn zu warnen, damit dieser sich mit einem Zaun versieht und seine Grenze wahrt. Jedoch wenn ein Einzeltier über den Zaun springt, dann besteht seitens des Herrn keine Verantwortung hierfür [27]).

Die Bauern, über den Grund eines solchen Gebrauches befragt, haben erklärt, daß, wenn der Garten geschlossen ist, ein einzelnes Huhn, aber nicht die ganze Schar hinüberspringen kann [28]). Der Schaden ist in diesem Falle sehr gering, trotzdem kann der Nachbar, welcher sich vor dem Schaden fürchtet, den Eigentümer warnen, damit dieser seinen Hühnern die Flügel beschneidet, doch ist es ihm nicht erlaubt, dies mit eigenen Händen zu tun [29]). Trotzdem bestimmt der Art. 429 des Strafgesetzbuches: Frei von Strafe ist der, welcher die Tat begeht (zu töten oder unbrauchbar zu machen) gegen das Geflügel, welches auf dem von ihm besessenen Grundstücke in dem Augenblicke angetroffen worden ist, als es Schaden anrichtete [30]). Und die Volkssitte, die den einen Grundsatz festhält, daß der Eigentümer des Grundstückes das schädigende Tier [31]) nicht zu seinem Eigentum machen darf noch soll,

---

[27]) In manchen Orten ist man übereingekommen zu gestatten, daß das Geflügel sich ungestraft auf das andere Besitztum hineinwagen darf. Chaisemartin, Prov. et max. d. droit germ. 1891, p. 226.

[28]) Hier ist der Spruch vom Mund eines Bauern: „Si ndi trasi unu, no ndi trasi deci“ = wenn ein Huhn eintritt, so treten nicht zehn ein; das trifft zusammen mit dem deutschen Rechtssprichwort, welches anerkannte, daß eine Henne den Zaun überspringen kann: Eine Henne hat das Recht über neun Zäune.

[29]) Statt dessen war in den germanischen Bräuchen dem Eigentümer, welcher sich vor Schaden fürchtete, erlaubt, den fremden Hühnern die Flügel zu beschneiden.

[30]) Vgl. den vierten Artikel des Gesetzes vom 4. April 1889, welcher den Titel VI des französischen Ruralgesetzes bildet.

[31]) In der Tat ist das Töten des auf frischer Tat ertappten Geflügels selten und nur erlaubt, wenn man das Geflügel nicht verfolgen kann. Siehe in dieser Beziehung die scharfsinnige Bemerkung von Guy Coquille über den Art. 4, Kap. XV der Cout. de Nivernais.

bekundet, daß, wenn auch die Verfügung des Art. 429 des Strafgesetzbuches zu Recht besteht, doch der Tötende das getötete Geflügel nicht für sich behalten darf, sondern auf Verlangen vorzeigen muß.

V. Landwirtschaftliches Jahr.

§ 1. Begriffe und Betrachtungen.

Der Ausspruch ist sehr weise, daß die Notare von der Landwirtschaft etwas verstehen sollten, um die Verträge mit Rücksicht auf die landwirtschaftlichen Bedürfnisse und juristischen Gebräuche des Ortes zu regeln.

Aber das ist nicht in die Praxis übergegangen. Im Gegenteil: es legen die Verfasser juristischer Verträge gar keinen Wert auf die Ortssitten. In den Verträgen pflegen die Eigentümer eine Klausel hinzuzufügen, nämlich: daß der Pächter den Boden zur geeigneten Zeit nach der von den Sitten des Landes vorgeschriebenen Weise bestellt[32]); sie fügen oft andere Verpflichtungen hinzu, wie: die Anpflanzung einer bestimmten Zahl von Obstbäumen, die in bestimmten Zeiträumen des Pachtjahres geschehen soll[33]).

Die Notare übergehen bei Verfassung der Verträge das Aufzählen der verschiedenen Verpflichtungen, indem sie sich auf die Ortssitten mit einer allgemeinen Klausel beziehen. Diese Sitten waren in der Tat von den Statutgesetzen[34]) an-

[32]) Oft wird eine Pacht aufgelöst, weil ein Boden, der von Natur Baumland ist, vom Pflug und nicht von der Hacke bearbeitet wird; und zwar deshalb, weil die Ortssitten nicht erlauben, daß ein Baumland durch Ochsen gepflügt wird.

[33]) Durch das Statut von Gradara, Rubr. LXVIII, werden die Pächter verpflichtet, wenigstens zwei Pfirsichbäume und noch zwei andere Bäume bis zum 1. April anzupflanzen.

[34]) Vgl. Statut von Parma (1265), Per quot vices terrae civium debeant arare. Und so auch in den Statuten von 1304, wie in denjenigen des Castro Pileo, Lib. I, c. LXXXV. Hier wurde

erkannt oder festgestellt, und man kann sich nicht erklären, weshalb die Notare sie heute in den Urkunden unterlassen anzuerkennen. Es ist richtig, daß das bürgerliche Gesetz je nach dem Falle sich auf die Autonomie der Vertragschließenden beruft, aber es ist willkürlich oder wenigstens launenhaft, daß der Notar die Ortssitten zu erwähnen unterläßt. Welches würden die Beweise für das Alter der Sitte im Falle eines Streites zwischen Herrn und Pächter sein? Dennoch haben die Gesetze und der Gesetzgeber die Frage des landwirtschaftlichen Jahres nicht gelöst, welches nicht mit dem Sonnenjahr, Mondjahr und noch weniger mit dem bürgerlichen Jahr übereinstimmt.

Auf theoretischem Wege umfaßt das landwirtschaftliche Jahr die geeignete Zeit zur Vorbereitung der Bebauung, Entstehen und Ernte der Früchte, die auf einem Lande zu wachsen pflegen. Die Sitten, die Gebräuche und die Gewohnheiten der Bauern ergänzen die Entwicklung des erwähnten Begriffs im einzelnen. Für unseren Gesetzgeber fängt und schließt das Jahr mit dem 11. November, falls die vertragschließenden Parteien sich nicht auf die örtlichen Gebräuche berufen. Diese Bestimmung ist nur ergänzender Art, und deshalb ist es angebracht, das Ergebnis einer kleinen Untersuchung anzuführen, die über die Sitten der kalabresischen Bevölkerung gemacht worden ist.

§ 2. Materielle Besitzhandlungen.

Der neue Pächter begibt sich auf den Boden, den er in Pacht genommen hat, um die Mittagszeit (R i c a d i, B r a t-

bestimmt, in welchen Zeiträumen man die Weinernte, die Kornernte und alle die übrigen landwirtschaftlichen Arbeiten verrichten sollte. Solche Klauseln, anfangs in die Verträge eingefügt, verdichteten sich zu Regeln, zu Gewohnheitsrechten, bis sie von der Gemeindebehörde in den Statuten anerkannt wurden, und dies im Interesse des Rechts und der Landwirtschaft, obwohl jene Klauseln mehr der Wirtschaftslehre als der Rechtslehre angehörten.

tiró), oder am Abend des 31. August (Nicotera), oder bei Sonnenaufgang des 1. September (Gerace, Palmi). Hier, um seine tatsächliche Besitznahme zu bezeichnen, legt er an einen Haufen Stoppeln Feuer oder zeichnet mit der Hacke eine Grenzlinie des Bodens; oft macht er auch einen Zaun zurecht oder umhackt einen kleinen Baum, von welchem er sich, wie es nicht selten ist, einen Ast abschneidet.

Das Besitzergreifungsverfahren ist nicht symbolisch, sondern lebendig, wahr und rechtswirksam. Derartige Handlungen sind sogar unerläßlich.

Beim Eintreffen des neuen Pächters entfernt sich der fortziehende Pächter vom Grunde, es findet selten zwischen ihnen ein Grußwechsel statt, oft dagegen Rache oder verächtliche Behandlung. Und wenn der neue Pächter dem fortziehenden über einige Zerstörungen, Baumschäden oder das Fehlen von Gegenständen, die einen Teil des Grundes ausmachen, zur Rechenschaft ziehen wollte, so würde er folgende Antwort bekommen: „Jeu mi ndi scotulu e mi ndi vaju!" Diese Worte sind mit einer Geste begleitet, wie wenn er das Kleid schüttelt, das er auf dem Rücken trägt, oder auch das Stampfen mit den Füßen, damit er keine Erdschollen an den Sohlen fortträgt und keine Scholle an seinen Sohlen haften bleibt.

Die römischen Erinnerungen überraschen in wunderbarer Weise in solchem Prozeß de effestucatione. Die Scholle, die von den Schuhen geschüttelt wird, läßt an die von den Römern vor Gericht getragene Scholle denken, der kleine Zweig erinnert an das Symbol der stipula und dann der festuca und der vis festucaria; dieses ist umso sicherer, als man im 17. Jahrhundert in Kalabrien den Besitz per fustim zu übertragen pflegte, wie man aus einem Akte entnehmen kann, durch welchen die Witwe Porzia im Jahre 1658 einem gewissen Campenni possessionem per fustim dedit.

§ 3. Obst- und Blumengärten.

Zwischen den Pächtern, dem neuen und dem alten, werden die Beziehungen und die Interessen, die vom Boden herrühren, durch besondere Gebräuche geregelt, je nach der Art des Bodens und seiner Bebauung. So gelten für die ortalizii, d. h. die Gärten, folgende Vorschriften: Das landwirtschaftliche Jahr wird vom Monat August bis zum kommenden berechnet (Nicotera), ebenso vom 1. Oktober bis Ende September (Oppido-Mamertina), während die Kündigung im Monat Mai angezeigt wird.

Die Pacht bezahlt man in drei Raten, die erste zu Weihnachten, die zweite zu Ostern, die dritte im August.

Der Pächter, der eintritt, kann:

a) im Monat Mai den Grund besuchen und auf demselben Dunghaufen streuen;

b) im Monat August kann er die nötigen Bewässerungen und die Beete für die Aussaat herrichten.

Der vom Garten fortziehende Pächter hat folgende Rechte:

a) Ihm gehört der während des Jahres angesammelte Dünger; jedoch wenn Ende August der Dünger noch auf dem Grunde liegt, so geht der Anspruch des neuen Pächters vor.

b) Es gehören ihm die hängenden Früchte, und daher hat er das Recht, in das Grundstück einzutreten und die letzten Früchte wie: Feigen, Bucheckern u. s. w. bis spätestens zum Rosenkranzfest (der erste Sonntag des Oktober) einzusammeln. Dagegen gehören die im Mai reifenden Früchte dem neuen Pächter.

c) Das ländliche Haus soll mit der überkommenen Einrichtung zurückgelassen werden. Und wenn der fortziehende Pächter während der Pachtung eine Scheune gebaut hat, muß diese im Monat August niedergerissen werden, die Uebereinstimmung der Parteien ausgenommen. Dagegen kann der fort-

ziehende Pächter, wenn er die Scheune niederreißt, an ihrer Stelle einen provisorischen Zufluchtsort für die Verwahrung der Früchte errichten.

§ 4. Meierhöfe.

Etwas abweichende Gebräuche treten für die Meierhöfe in Kraft, d. h. für die mit Viehzucht versehenen Landgüter. In diesem Falle muß der mit Strohhütten versehene Boden am 15. oder 31. August geräumt sein.

Der Pächter, welcher neu einzieht, kann

a) im Mai das Heu in der Strohhütte niederlegen.

b) In der Mitte des August kann er in das Grundstück eintreten, um dort die Stoppeln und den Dung zu verbrennen.

c) Wenn das Grundstück mit Tieren für die Bebauung versehen ist, so bleibt der Dung für den neuen Pächter zurück.

Vom Pächter, der auszieht, gilt folgendes:

a) Wenn der Grund ganz oder teilweise mit Futtergewächsen bebaut ist, so kann er den Grund betreten, indem er die Tiere zur Weide führt.

b) Um den Termin der Rechte des fortziehenden Pächters zu bezeichnen, erklären die Bauern, daß i jussi sindi vannu ca cofina, d. h. so lange, bis die Ernte des Futtergetreides nicht erfolgt ist, die gewöhnlich im November beendet und von Frauen mit Körben (cofine) gemacht wird, hat er immer das Recht, das Grundstück zu betreten. Wenn das Grundstück im ganzen oder zum Teil ein Flachsgrundstück ist, so hat der fortziehende Pächter das Recht auf den Flachs bis zum Monat Januar[35]).

---

[35]) Der Vergleiche gibt es viele; aber so abweichend und verschiedenartig die Gebräuche sind, so folgen sie bestimmten Himmelsstrichen und den verschiedenen Kulturweisen auch im Gebiete derselben Region. In dem Distrikt von Laval (Frankreich) fängt das landwirtschaftliche Jahr mit dem 1. November oder mit dem 23. April an,

VI. Der ländliche Tag.

Der Tag gilt von Sonne zu Sonne, d. h. vom Aufgang zum Untergang. Es ist dies die natürliche, einfache Berechnung, welche von der Berücksichtigung der Zeitbruchteile absieht, die während der Dauer der Nacht nicht leicht wäre. Den Grundsatz der Sonnenmessung wendet man in der Teilung eines Wasserlaufes an, welcher zwischen mehreren Beanspruchenden von Sonne zu Sonne geteilt wird, d. h. vom Aufgang bis zum Untergang und vom Untergang bis zum Aufgang.

Der Satz von Sonne zu Sonne gilt auch für die Arbeit des Menschen und seiner Tiere [36]).

---

und der einziehende Pächter kann ohne Nachteil seine vorbereitenden Arbeiten schon längst vorher anfangen. So sät er das Wintergetreide: Gerste und Hafer vom 15. Februar bis zum 15. März u. s. w. Nach den Sitten von Vendrell (Spanien) fängt das Jahr mit dem 25. Juni an und endet mit dem 31. Oktober. Dieses Datum verlängert sich bis zum 11. November, wenn das Grundstück ein Eichenland ist. Vgl. die besonderen Termine für die Mark von Rodoña, für die Gärten von Puitiños, für die Weinberge u. s. w. In der Revista gener. d. Legisl. y Jurispr. t. XC, 1897, p. 391 f. Für das alte statutarische Recht vgl. R. Corso, Usi Giurid. Contadineschi im Circolo Giurid. 1908.

[36]) Von den Feierlichkeiten des alten Rechtsganges, welcher seine Verhandlung mit der Gunst des Lichtes vollendete, leiteten die ländlichen Gemeinschaften die Bestimmung über die Dauer der Arbeit auf dem Felde ab. Beim Sonnenuntergang endete jeglicher Prozeß bürgerlicher oder strafrechtlicher Art, man bestrafte als Verbrechen das Pflügen und Aehrenlesen vor dem Aufgang und nach dem Untergang. Und später bestärkte die christliche Kirche diese vom primitiven Natursymbolismus stammenden Sitten. Interessant für uns ist die geschichtlich juristische Ueberlieferung, welche eine große Zahl von Parallelen hat. Die sizilianischen Gewohnheitsrechte (Palermo, Corleone) sanktionieren den Grundsatz de sole ad solem für die Landarbeiter (messores, putatores, zappatores ac ceteri operarii) und auf ihre Satzung bezieht sich eine in Sizilien verbreitete Ueberlieferung, welche bis zum Kaiser Friedrich II. reicht. Die sizilianische Ueber-

Mit dem Namen paricchiata bezeichnet man die Arbeit von einem Paar an den Pflug gespannter Ochsen für den Zeitraum von Sonne zu Sonne. Paricchiata nennt man auch eine bestimmte Ausdehnung des Bodens, welche durch die Arbeit von einem Paar Ochsen an einem Tage gemessen wird.

Die Bauern sammeln sich beim Sonnenaufgang zu einer Schar: wahre Scharen von Hackarbeitern, welche manchmal durch den Klang eines Hornes oder einer brogna gerufen werden. Der Anführer verteilt die Arbeiten, welche während des Tages von den Hackarbeitern vollendet werden müssen [37]).

Zu Lasten des Herrn wird jede Unterbrechung, Verzögerung oder Verspätung in den Arbeiten des Tages angesetzt, wenn sie durch Zufall und nicht durch den Willen des Bauern verursacht worden ist. Der Herr schuldet diesem den ganzen Lohn, falls das drohende Wetter oder andere Himmelserscheinungen ihn am Vollenden der Arbeit hindern und auch, wenn die Arbeiten vor der bestimmten Stunde, d. h. vor dem Untergange vollendet oder vorüber sind.

Deshalb erwidern die Frauen von Orsigliadi (Capo

---

lieferung ist auch in Kalabrien verbreitet, und gewiß kann Niemand, der die Geschichte der beiden Länder vergleicht, zweifeln, daß diese für eine lange Reihe von Jahren und Regierungen ein gleiches Schicksal und eine gleiche Wechselfolge gehabt hat. Siehe für andere Vergleiche Stat. Terr. Argentae (1364): e magistris ligaminis et aliis laboratoribus und besonders: R. Corso, Usi Giurid. Contad. (1908), wo die italienischen und fremden Gebräuche vermerkt sind. Joachim Costa bringt in dem Werke Derecho Consuet. u. s. w. (p. 399 f.) den Achtstundentag auf dem Lande zur Geltung, indem er die Geschichte des Gebrauches in Spanien wieder hervorholt.

[37]) In Polesine erinnern sich die Alten, daß die Schnitter durch den Klang eines Hornes zur Arbeit gerufen wurden. Archiv. Trad. Pop. del Pitré, X, 102. In den Costume du Berry befahl man den Bauern die tintamara zu machen, d. h. die Hacken aneinander zu schlagen, um die Bauern in der Umgebung zu benachrichtigen. R. Corso, Poesia Giur. Pop. im Annuario del mondo latino 1908, S. 197.

Vaticano) dem Herrn, welcher sie für die Landarbeiten in Sold nimmt:

O prestu o matinu,
Volimu u carrinu!

Die Regel sagt: Sei es, daß man vor dem Untergang aufhört oder nach dem Morgen beginnt, so muß der Tag als vollendet [38]) betrachtet werden, und deshalb verlangen wir den „carlino" (cent. 40).

Nicotera, 1908.

---

[38]) Der Fall der Unterbrechung oder Verzögerung der Arbeiten wird in dem Statut von Benevento (Lib. I, Cap. 33) betrachtet, indem es vorschreibt, daß der Uebernehmer der Landarbeiten den dem Arbeiter versprochenen Lohn entrichten muß, wenn dieser auch mit der Arbeit aufhören sollte propter aëris tempestatem. Si vero per dictum dominum steterit in non dando ad laborandum, vel non habet opus ad finiendum diem, tunc totam mercedem praestet, et si distulerit totum diem sequentem, duplum solvat. Quod etiam intelligendum est in fossoribus, seu zappatoribus omnibusque aliis operariis quibusqumque. Es ist bemerkenswert, daß diese statutarische Entscheidung eine Regel der praktischen volkstümlichen Rechtslehre ist, welche von der Stadt Benevent festgesetzt wurde, aber schon sehr verbreitet sein mußte, weil sie in dem Grundprinzip übereinstimmt mit der Entscheidung im Streit zwischen einem Bauern und seinem Herrn, die Friedrich II. zugeschoben wird.

XV.

Das Strafrecht in den Statuten Kasimir des Großen[1]).

Von

Marceli Handelsman, Warschau.

1. Das Strafrecht in den Statuten Kasimir des Großen[2]) trägt einen öffentlichen Charakter: die Beschirmung der öffentlichen Ruhe und der Staatsinteressen ist sein Endzweck. Man will dies Ziel erreichen, indem man die Verbrecher vom Verbrechen abzuschrecken sucht. Man beschränkt sich aber nicht nur darauf, sondern bemüht sich auch, sie zu bessern (coertio).

Im Gegenteil zu diesem Grundsatze tragen die Mittel des Kampfes mit dem Verbrechen einen privaten Charakter. Es gilt: „Wo kein Kläger ist, da ist kein Richter“ (Art. 138: de causis criminalibus in absencia accusatoris seu actoris cujus interest, nos ... cognoscere non debemus nec aliquem condempnare ...). Selbst Reste

---

[1]) Vgl. Historja polskiego prawa karnego. T. II. Prawo karne w statutach Kazimierza Wielkiego (Geschichte des polnischen Strafrechts, Bd. II. Das Strafrecht in den Statuten Kasimir des Großen), Warschau 1909, VIII, 214.

[2]) Die Frage über die Entstehung der polnischen Statuten ist bis jetzt endgültig nicht gelöst. Die Meinungen polnischer Forscher weichen stark voneinander ab. Es ist sogar geäußert worden (seitens Prof. B. Ulanowskis), daß man in ihnen überhaupt nur eine private von Notaren verfaßte Arbeit zu sehen habe. Die Statuten sind auf mehreren Ständezusammenkünften (Wiece) in den Jahren zwischen 1347 und 1370 entstanden. Alle Forscher sind in einem Punkte einig, über die Trennung der Statuten in eine kleinpolnische und eine großpolnische Redaktion.

alter Rügeverfahren von Amts wegen (die Kastellanei) sind verschwunden.

Die tatsächliche Seite der Missetat, das verübte Uebel oder der verschaffte Schaden spielen die allererste Rolle. Die objektive Schuld besteht in der Friedensstörung, sowie in der Beleidigung privater Interessen. Beides verlangt eine Genugtuung.

Aber auch das subjektive Element, der Wille, die Absicht (intencio) hat eine Bedeutung erreicht. Der Begriff culpa bedeutet nicht nur eine Schuld überhaupt, sondern auch eine subjektive Schuld (Art. 155: frater de culpa fratris participando in crimine). Die Statuten unterscheiden in einem Verbrechen den dolus von der eigentlichen Tat (Art. 23: dolum et rebellionem eorundem puniendo). Der ausgeführte verbrecherische Vorsatz bestimmt erst das Verbrechen; wo kein Vorsatz ist, da gibt es auch kein Verbrechen (dieses beeinflußt die Verantwortlichkeit, aber hebt sie nicht auf). Es gibt also kein Verbrechen, auch keine Verfolgung, wenn das Uebel aus dem Zufall fließt (z. B. wenn jemand vom Baume oder ins Wasser gefallen ist, und sich tötet. Art. 57). Der voluntaristische Standpunkt ist konsequenter durch die kleinpolnische Redaktion vertreten, in der großpolnischen treten die alten Grundsätze stärker hervor.

Im Grundsatze ist die Verantwortlichkeit individuell. Man will die gemeinsame Verantwortlichkeit (der Familie, des Opole, des Herrn bei Dienerdelikten) aufheben oder beschränken. Sie wird der sozialen Stellung des Verbrechers, dem Charakter der Tat und der Stellung des Beschädigten angepaßt. Bei den Beamtendelikten findet man eine Tendenz zur gleichen Strafe ohne Rücksicht auf die Stellung des Beschädigten. Die Straflosigkeit für manche vorher unbestrafte Taten (Mord einer Dirne z. B.) wird aufgehoben. Die Bedingungen der Tat (Zeit, Ort, Notstand) bleiben ohne Einfluß auf die Zurechnung, obwohl sie in den Statuten auch schon stark betont sind.

Die Selbsthilfe ist anerkannt: mittelbar, indem man den

Verbrecher der Gnade der Beleidigten preisgibt [Art. 125: vita ipsius (violatoris) sit in oppresse virginis gracia et amicorum ejusdem] und unmittelbar, als Surrogat der Strafe (z. B. Art. 83). Die Gesetzgebung will aber die Selbsthilfe im Interesse der eigentlichen Strafe beschränken. Sie soll der Ausdruck öffentlicher Rache und Gerechtigkeit sein. Sichtbar ist die Tendenz zur Ausscheidung jeder Willkür bei der Strafanwendung: nur der König selbst darf sie ausüben, nicht aber der Richter.

Es gibt in den Statuten zwei Strafsysteme. Das eine (das neue) besteht aus privaten und öffentlichen (richterlichen) Geldstrafen (Bußen). Die Statuten beschäftigen sich hauptsächlich mit den ersten (privaten), die in einer Form von kasuistisch gestalteter Taxe, welche sich nach dem Stande der Verletzten, zuweilen auch des Verbrechers richtet, zusammengesetzt sind. Der Verletzte oder seine Familie erhält die Buße, bei den Unfreien (Diener, Bauern) kommt ein Teil davon dem Herrn zu. Es gibt im kleinpolnischen Statute folgende Bußen: 60, 30, 15, 10, 6, 5, 3 und 1 Mark Groschen, im großpolnischen — 30, 15, 8, 6, 5, 3, 1½, 1 und ½.

Das andere (das alte) besteht außer den drei Geldstrafen (70, 15 und die 6 Mark genannte, die als öffentliche Strafen oder überall da, wo auch die öffentlichen Interessen beleidigt waren, angewandt wurden), auch aus den uralten Personal- und Realstrafen. Dazu gehören: Verstümmelung, Tod, Einkerkerung (als Surrogat), Vermögenseinziehung, Ehrlosigkeit und die neu gebildete Beschränkung der Rechte. Neben diesen findet man, als Ausdruck neuer Ideen und als Resultat des Kampfes mit der Beamtenanarchie, die Infamie mit spezieller Betonung und die strenge Züchtigung der Staatsdiener.

Im neuen System existiert kein Unterschied zwischen dem nominellen und reellen Werte der Geldstrafen, was man im XIII. Jahrhunderte beobachten konnte, und was noch in den Statuten bei dem alten Geldstrafensysteme stattfindet. Doch auch diese Gruppe hat bereits einen ziemlich fixierten Wert:

für 70 zahlte man 14 Mark, für 15 — 3 Mark, nur die Strafe 6 Mark hatte mehrere, wenn auch fixierte Wertbestimmungen.

Im allgemeinen kann als ein Zeichen des Statutensystems die Milderung der Strafen gelten. Das paßt nicht auf die Geldstrafen, deren Größe erhöht wurde, quia hujusmodi pena non sufficiebat ad debitam coercionem (Art. 55).

Die Gnade hat ihren eigentlichen Charakter verloren, sie ist nicht mehr der alleinige Ausdruck der Gunst des Königs. In Großpolen, im Lande der größeren sozialen Willkür, wird festgesetzt, daß man sie auf verfahrensmäßigem Wege erreichen kann. Jeder, der im rechtlichen Exil ist, kann sich um sie bewerben. Als rechtliches Exil gilt die Verbannung in dem Falle, wenn der angebliche Verbrecher zur Rechtfertigung nicht zugelassen wurde und aus dem Lande fliehen mußte. Die Bewerbung soll während eines Jahres stattfinden, der Verbrecher darf sich keine anderen Missetaten zu schulden kommen lassen, sein Vermögen kann in dieser Zeit nicht eingezogen werden[3]).

---

[3]) Art. 133. Statuimus, quod si aliquis coram nobis vel capitaneo nostro de aliquo maleficio accusatus fuerit, et ad ostendendam suam innocenciam coram nobis vel capitaneo nostro admissus non fuerit, et ob hoc ipsum fugere contingat, ne fuga ipsius infamie imputetur, debet coram venerabilibus dominis, Episcopo posnaniensi aut Preposito nostris in Christo patribus protestari, quod nos vel capitaneus noster ad expurgandum ipsum non admisimus. Palatinus vero ipsum profugum servare poterit per sex septimanas ex consuetudine antiqua. Infra quod tempus circa nos vel nostros successores, aut nostros capitaneos justitiam debet ei querere et si non poterit obtinere, quod admittatur ad ostendendam suam innocenciam super eo, de quo fuerit accusatus, extunc dictus palatinus eundem profugum ad metas secure suo in conductu deducere teneatur. Qui sic conductus, infra annum a tempore sui exitus de terra, regno et terrigenis nocumenta inferre non habebit, uxore sua in bonis suis pacifice remanente per predictum annum et quiete, propter hoc infamis non debet reputari, nec ad mortem ipsum captum terrigene nostri, nobis seu successoribus nostris aut capitaneis dare tenebuntur, nec propter hoc offensam nostram incurrant. Si vero judicio presentare se noluerit, et fugiendo nocumenta terrigenis intulerit, bona ipsius im-

2. Wenn wir das Strafrecht der Statuten mit dem vorstatutarischen vergleichen, so finden wir wichtige Aenderungen. Um auf die Frage, woher sie stammen, antworten zu können, muß man einen flüchtigen Blick auf die sozialen Verhältnisse Polens im XIV. Jahrhundert werfen.

Im Strafrecht der Statuten machte sich ein Kampf zweier Richtungen fühlbar.

Wenn man nur oberflächlich die polnischen Verhältnisse im Anfange des XIV. Jahrhunderts betrachtet, so kann es scheinen, als ob dort eine vollständige Anarchie existierte. Die Stände kämpfen miteinander, die Sippen bekriegen die Sippen, jeder einzelne ist im Streite mit seinem Nachbar. Die Teile des Reichs widersetzen sich der Gesamtheit, die kirchlichen Fürsten dem Oberhaupte des Königtums. Und doch sieht man deutlich, daß sich neben der zentrifugalen auch eine zentripetale Bewegung entwickelt, daß neben der Zersplitterung eine neue Idee, die der nationalen Einheit, welche durch den König und seine Umgebung repräsentiert ist und im Leben tatsächlich wirkt, entsteht. Alle Fürsten, Heinrich, so wie sein Mitbewerber Ladislaus Lokietek und zuvorderst der große Kasimir bekämpfen unerschöpflich die Willkür der Herren und die Anarchie des Beamtentums, unterdrücken das Räubertum und den Diebstahl. Nach vorläufiger Beruhigung schreitet Kasimir zur Neuordnung des Staates auf rechtlichem Wege, zur Neubildung des Rechts. Mit den Großen seines Reichs will er neue Statuten veröffentlichen, stößt aber bei

---

mobilia camere nostre perpetue applicentur, mobilia vero inter nos et nostros barones per medium dividantur. Et si per quempiam captus fuerit, in gracia nostra consistat, et inter capientes ipsum et amicos capti nulla propter ejus captivitatem indignacio occulta vel manifesta debet suboriri. Uxor vero sua in dotalicio suo remanebit, vel ipsum vendere habeat liberam facultatem. Vgl. Balzer, O prawnej i bezprawnej ucieczce zbrodniarzów wedlug Statutów Kazimierza Wielkiego (Das rechtliche und nichtrechtliche Exil der Verbrecher in den Statuten Kasimir d. Gr.). Veröffentl. Ak. Wiss. Krakau, Sect. phil.-hist. 1883, XVI, 147—189.

ihnen auf einen Widerstand, dessen er erst nach langem, mühevollem Kampfe Herr wird. In diesem Kampfe vertritt die Krone die Interessen des Staates und der nationalen Gesamtheit, die öffentlichen Interessen, die Herren repräsentieren die privaten Sozialinteressen. Die Krone will neue Rechtsgrundlagen einführen und stützt sich dabei auf die Rechtslehre. Nicht umsonst waren die besten Mitarbeiter Kasimirs (der Erzbischof Jaroslaus Bogoria Skotnicki z. B.) Schüler bologneser Doktoren. In Bologna haben sie Jacobus Bellovisu und Johannes Andree gehört, dort mußten sie sich auch mit Albertus Gandinos Werke beschäftigen [4]). Als gebildete Geistliche waren sie auch mit dem allgemeinen und nationalen kanonischen Rechte gut bekannt. Die rechtliche Theorie wird zur Waffe in den Händen der Krone: sie findet hier eine Ideologie für ihre Bestrebungen, eine Theorie für die geplante Reorganisation, eine Quelle, aus der sie Argumente gegen die Herren schöpft. Die Herren verteidigen aber die alten Sitten, wo sie ihnen gut sind, wollen jedoch auch neue Institutionen wider die Grundlagen des neuen Rechts, gegen die alten Sitten, schaffen, wenn sie ihnen neue Vorteile zu bieten versprechen.

Aus der römischen und römisch-kanonischen Theorie entnimmt die Krone die Formulierung der individuellen Verantwortlichkeit, die Definition der Strafe, sowie auch mancher Verbrechen (Brandstiftung, Diebstahl), strenge Strafen gegen die Beamten (adustio facialis), eine vorher unbekannte Art körperlicher Züchtigung gegen Diebe (Abhauung eines Ohres).

Im Streben nach Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, zur Beschirmung der niedrigeren Klassen (der Bauern und überhaupt der Armen) vor dem Drucke der Stärkeren und vor den Dienern der Krone, ist auch die Krone nicht immer konsequent bei Durchführung ihrer Sätze. Es gilt: „Keine

[4]) Eine kurze Analyse von Gandinos Opus in materia maleficiorum und Bellovisu's Practica judiciaria gebe ich l. c., II, 51—72, und des kanonischen Strafrechts in der Mitte des XIV. Jahrh., ebenda II, 72—96.

Strafe ohne Urteil," und doch findet man in den Statuten Strafen ipso facto wider professionelle Räuber. Sie stammen zwar aus den uralten Zeiten, auch im kanonischen Rechte konnte man sie finden, sie waren doch ein zu bequemes Mittel im Kampfe mit der Anarchie, und wenn sie auch den Grundsätzen der Reform widerstrebten, so waren sie doch nicht im Widerspruche mit ihrem Geiste und wurden beibehalten.

Die Inkonsequenz der Sätze muß stark sein, wo sie das Resultat eines Kompromisses sind. Der Einfluß der ständischherrischen Tendenz wird in Großpolen stärker sichtbar, und ist selbst in den Definitionen fühlbar. Die voluntaristische Definition des Verbrechens war unter dem dauernden Einflusse alter objektiver Anschauung verdorben. Unter dem Drucke der Herren, die für die Erhaltung des faktischen Tatbestandes in Großpolen schwärmten, geht in die Statuten die Institution des rechtlichen Exils über.

Neben diesen, die man auf den oben besprochenen Kampf zurückführen kann, findet man auch solche Veränderungen, die sich nicht auf diesem Wege erklären lassen. Man muß in ihnen das Resultat eines Entwicklungsprozesses im Strafleben sehen, welcher aus der langsam, stufenweise sich bewegenden Differenzierung und Gestaltung der den verschiedenen Klassen entsprechenden Rechte fließt.

Neben den alten schablonenhaften Geldstrafen bestehen spezialisierte Geldabgaben, die sich kasuistisch an verschiedene Uebel anpassen und in dem neuen, erst im XIV. Jahrhundert eingeführten (Groschen-) Systeme berechnet sind. Sie befriedigen das in den privaten Verhältnissen existierende Bedürfnis der Spezialisation der Strafgebühren, und waren im XIV. Jahrhundert endgültig festgestellt. Als eine Geldstrafentaxe sind sie in die Statuten übergegangen.

Die Ehre, die Idee des honor spielt jetzt eine wichtige Rolle im Leben des polnischen Rittertums[5]). Sie ist auch

[5]) Vgl. Helcel, Star. pr. polsk. pomn. 1870, II, N. 424 . . . circa honorem suum debet exsolvere. N. 561 . . . obligavit se soliturum circa

im Strafleben fühlbar, da sie der Infamie einen sonderlichen Ausdruck gibt.

3. Die Statuten Kasimirs im allgemeinen und besonders sein Strafrecht haben große Aehnlichkeit mit den frühmittelalterlichen Volksrechten (Leges barbarorum).

Alle Volksrechte tragen einen nicht persönlichen Charakter und sind vor allem Strafrechtsbücher, in welchen den anderen Seiten des nationalen Rechtslebens ein nebensächlicher Platz zukommt. Aber auch auf dem strafrechtlichen Gebiete fehlen viele Institutionen der allerersten Wichtigkeit: man würde dort umsonst öffentliche Verbrechen, Hochverrat, Majestätsbeleidigung im engeren Sinne suchen. Das Fehlen ausführlicher Prozeßbestimmungen deutet darauf hin, daß ein guter Teil des Rechtslebens noch außer dem Rechtsbuche unter ausschließlicher Macht der Sitten bleibt.

Im allgemeinen findet die Formulierung eines Volksrechts in schriftlicher Form dann statt, wenn Ideen eines neuen fremden Rechts in die nationalen Sitten einzudringen beginnen. Diese Formulierung kommt bei den einen Völkern früher (in Beziehung zu ihrer Kulturentwicklung), bei anderen später.

Für das Strafrecht ist der Charakter des Strafensystems das ausschlaggebende. Im älteren System ist die Strafe der Friedlosigkeit, als Hauptart, neben der auch in Kompositionentaxen zusammengestellte Geldstrafen existieren, typisch. Im jüngeren gehört der erste Platz dem Wergelde, neben dem der Friedlosigkeit erst ein zweiter zukommt. Zur ersten Kategorie gehören die nordgermanischen Rechte, bei den Slaven die Russka pravda und die böhmischen Gesetze (Bretislaus' und Conradi Ottonis), zur zweiten die südslavischen (die Statuten von Winodol, Dubrownik, Politza, außer dem unter starkem byzantinischen Einflusse verfaßten Sakonnik Cara Dušana) und die deutschgermanischen Rechte (die Lex salica ist besonders typisch).

Sie alle (die einen stärker, die anderen schwächer) an-

fidem et honorem. N. 1104 ... promisit treugas pacis tenere ... sub honore, titulo et fidei puritate.

erkennen das Recht der Selbsthilfe und die Rache als legales Rechtsmittel.

Im Verbrechen spielt das objektive Element, der private Schaden und die Beleidigung des öffentlichen Friedens, die Hauptrolle. Ueberall existiert die Verantwortlichkeit für fahrlässige und vorsätzliche Taten, für Ungefährwerke bei Tieren- und Sklavendelikten, auch die Gesamtverantwortlichkeit [6]).

Im großen und ganzen paßt dies alles auch auf die Statuten Kasimirs. In 95 Artikeln bei 166 der ganzen Sammlung findet man strafrechtliche Bestimmungen. Auch die polnische Gesetzessammlung scheint ein unpersönliches Werk zu sein, das historisch stufenweise entstanden und erwachsen ist, aber nicht geschaffen wurde. Sein Hauptziel besteht in einer geschickten Regulierung der sittenmäßig bestimmten Kompositionenabgaben. Die Statuten sind eine Kodifikation bestehender Sitten.

Sie gehören sozusagen zum zweiten, jüngeren System der Volksrechte. Es existiert aber ein Unterschied: man hat überall (außer Serbien) die Sitten früher zusammengestellt, während in Polen der Prozeß ihrer Vereinigung und Befestigung länger dauert und erst in der Mitte des XIV. Jahrhunderts beendigt erscheint. Die Kodifikation findet auch unter

---

[6]) Vgl. Wilda, Das Strafrecht der Germanen, 1842. Thonissen, L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procedure pénale de la loi salique (Mém. Ac. Belgique 1887, T. 44); auch Bar, Handbuch des deutschen Strafrechts I, 61—62, 69—70. Calisse, Storia del diritto penale italiano, 1895. Glasson, Histoire du droit et des institutions de la France, 1889, III, 523—545, 557 i. n. C. Sireček, Das Gesetzbuch des serbischen Zaren Stefan Dušan. Arch. f. Slav. Phil. 1900, XXIII, 144—214. Sergiejewicz, Lekcii i izsliedowania (Vorlesungen), 1904, S. 438 u. f.; Decreta Brecislai (Cod. juris bohemici I, 15 N. 7) und Statuta Conradi Ottonis (ebenda 54—57 N. 29; auch Sigel, Lectures on slavonic law, 1902, S. 71. Die Statuten in Dubrownik, 1272 (Monum. hist. jur. slavorum meridionalium, 1904, t. II) und Politzi (Mon. hist. jur. slav. merid., 1890, I, v. IV, 27—141). J. Preux, La loi du Vinodol, 1897.

dem Einflusse solcher Erscheinungen, die anderswo nicht bestehen konnten, statt. Höhere Stufe sozialer Differenzierung, größere Kultur der Gesetzgeber, Bedürfnisse eines mehr entwickelten Staates, das alles prägt auf sie seinen Stempel und es entsteht auf diese Art ein neues Ziel der Gesetzgebung, eine neue Erfassung des Verbrechens, eine neue Bestimmung der Beamtenverantwortlichkeit. Es sind das Sonderheiten, welche die Statuten Kasimirs den Strafsystemen des feudalen Mittelalters annähern.

Doch fehlen dessenungeachtet diesen beiden Gruppen gemeinsame Grundzeichen: das Strafsystem des Sachsen- und Schwabenspiegels [7]) ist eine Durchgangserscheinung, die zu den städtischen Rechten des XIV. Jahrhunderts und der Carolina führen sollen, die Statuten Kasimirs aber bleiben noch immer tief eingewachsen in die Anfänge des alten polnischen Rechts, sie sind nur seine definitive Formulierung, wobei den Zentralpunkt das Kompositionensystem ausmacht.

---

[7]) Caspar, Darstellung des strafrechtlichen Inhalts des Schwabenspiegels und des Augsburger Stadtrechts, 1892, S. 14, 17. Friese, Das Strafrecht des Sachsenspiegels, 1898, S. 182.

Literatur.

1. Kurze Besprechungen

von **Josef Kohler.**

Zechbauer, Das mittelalterliche Strafrecht Siziliens. (Berliner Beiträge, 12.) R. v. Decker, Berlin.

Der Verfasser, der leider in so frühem Alter, kurz nach Vollendung dieser bedeutenden Schrift, gestorben ist, hat ein ständiges Verdienst zurückgelassen; er hat nicht nur das sizilianische Strafrecht genau geschildert, sondern auch dargetan, wie das Verfahren per inquisitionem des normannischen Rechts gestaltet war und daß dieses Verfahren mit dem kanonischen Inquisitionsprozeß nichts zu tun hatte: der Inquisitionsprozeß Innocenz' III. hat hier nicht seine Quelle.

Piloty, Ein Jahrhundert bayrischer Staatsrechtsliteratur. Tübingen, J. C. B. Mohr.

Die Staatsrechtsliteratur dieser Periode beginnt mit Kreittmayr und setzt kräftig ein mit dem nach manchen Richtungen hin genialen Gönner. Auch Ernst v. Moy kann erwähnt werden, wenn ihm auch die Schärfe und eindringliche Klarheit fehlt. Im übrigen waren die Meister des bayerischen Staatsrechts sehr dünn gesät, und so kommt es, daß der Verfasser sich ausführlich mit Dreiviertelsgrößen wie Pözl und mit einem oberflächlichen „Redseligen“ in der Art von Joseph Held befassen muß.

Menzel, Zur Lehre von der Notverordnung. Tübingen, J. C. B. Mohr.

Im Osnabrücker Frieden, Artikel 8 § 2, ist bestimmt, daß ohne den Reichstag keine Reichsgesetze erlassen oder interpretiert werden sollen. Trotzdem hat man angenommen, daß daneben ein kaiserliches Notverordnungsrecht bestehe, indem man sich teilweise

auf die Notwendigkeit und die Erfordernisse des Lebens, teilweise auf die kaiserliche Machtfülle berief. Dafür sprachen auch die Wahlkapitulationen insofern, als hier gesagt wurde, daß in schleunigen Fällen mit der Zustimmung des alleinigen Kurfürstenkollegiums provisorische Gesetze erlassen werden könnten. Von da ist das Notverordnungsrecht auch in die modernen Staaten übergegangen, auch nach Oesterreich, wo es neuerdings umso notwendiger wurde, als hier die Obstruktion, welche die parlamentarische Gesetzgebung lahm legte, eine gesetzgeberische Tätigkeit ohne das Parlament zur Notwendigkeit machte. Nach § 14 des österreichischen Staatsgrundgesetzes sind die Notverordnungen dem nächsten nach Kundgebung zusammentretenden Reichsrate vorzulegen, ansonst sie erlöschen. Die auf solche Weise vorgelegten Verordnungen bleiben so lange bestehen, bis sie vom Reichsrate abgelehnt werden. Näheres darüber findet sich beim Verfasser; auch wird hier die Frage behandelt, ob eine Notverordnung teilweise aufrecht erhalten werden kann: eine solche teilweise Aufrechterhaltung ist abzulehnen; man darf das Ganze nicht zerreißen, es müßte sich denn um zwei selbständige, nur äußerlich verbundene Verordnungen handeln. Die Gerichte aber haben bei der Anwendung der Notverordnung nicht zu prüfen, ob eine dringende Notwendigkeit gegeben war, wohl aber, ob die Notverordnung nicht nach Maßgabe der Verfassung erloschen ist.

Jellinek, Der Anteil der Ersten Kammern an der Finanzgesetzgebung. Tübingen, J. C. B. Mohr.

Das englische System geht bekanntlich dahin, daß die Erste Kammer das Finanzgesetz (die Geldbill) nur im ganzen annehmen oder zurückweisen, nicht aber amendieren könne, während die amerikanische Verfassung dem Senat auch in dieser Beziehung freie Hand gibt und nur bestimmt, daß die Bill zuerst dem Kongreß vorgelegt werden muß. Das englische System ist auch in einige deutsche Verfassungen übergegangen, so in die von Württemberg, Baden und Hessen, und teilweise auch in die von Preußen. Die neueren Aenderungen der badischen und württembergischen Verfassungen von 1904 und 1906 haben, zusammen mit der Neugestaltung der Ersten Kammer, diese Besonderheit beseitigt. In der Tat hat eine Zurücksetzung der Ersten Kammer in Bezug auf die Finanzen heutzutage kaum mehr eine genügende Begründung.

Edler von Hoffmann, Verwaltungs- und Gerichtsverfassung der deutschen Schutzgebiete (1908).

An der Spitze unserer Provinzen steht ein Gouverneur, dem man Gouvernementsräte zur Seite gesetzt hat. Das gilt auch für Kiautschou, wo der Gouverneur ein Seeoffizier sein muß und der Gouvernementsrat durch Verordnung vom 14. März 1907 geregelt ist.

Kaufmann, Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika. Leipzig, Duncker & Humblot 1908.

Das große Problem der Konstruktion des Staatsvertrages tritt auch in der Verfassung der Vereinigten Staaten hervor, und es ist eine wichtige Streitfrage, ob das zu einem Staatsvertrage nötige Zusammenwirken von Präsidenten und Senat auch dann genügt, wenn der Staatsvertrag in die inneren Verhältnisse der Vereinigten Staaten eingreift, was bei unseren heutigen Staatsverträgen sehr häufig der Fall ist. Man wird sich auch hier dahin entscheiden müssen, daß in solchen Fällen das gesetzgeberische Organ, der Kongreß, seine Zustimmung geben muß, da es nicht angeht, daß in einem derartigen Staatsvertrage vielleicht die ganzen inneren Zustände der Vereinigten Staaten ohne Zustimmung des Kongresses geordnet und geregelt würden. Der Verfasser handelt über diesen Streitpunkt gründlich und sodann auch über die weitere Frage, wie das Territorialrecht nach der Verfassung der Vereinigten Staaten zu gestalten ist, ob bei der Eroberung von Territorien die Neuerwerbungen in der Art von Kolonien oder in der Art von gewöhnlichen Staatsgebieten behandelt werden müssen. Die Arbeit geht genauer auf die Entscheidungen des Supreme Court ein, der in diesen Fragen mehrfach zum Worte gelangte, so insbesondere was die Zollfragen betrifft.

Meili, Die drahtlose Telegraphie im internen Recht und Völkerrecht. Zürich, Art. Institut Orell Füßli.

Der Verfasser berichtet über die Bestrebungen, welche namentlich von Deutschland ausgingen, um die Monopolisierung der Marconigesellschaft zu hindern, und führt uns ein in den radiotelegraphischen Vertrag vom 3. November 1906 und seine verschiedenen Zusätze. Am wichtigsten ist die Bestimmung des Art. 3, wonach Radiotelegramme ohne Rücksicht auf das System der Telegraphie von der Küste nach den Schiffen befördert werden

müssen, sodann die Bestimmung des Art. 17, wonach die Hauptgrundsätze über Telegraphenrecht auch auf die Radiotelegraphie ausgedehnt wurden. Art. 18 enthält die Schiedsgerichtsklausel.

Hazeltine, Die Geschichte des englischen Pfandrechts. Breslau, M. u. H. Marcus 1907.

Die Eigenart des englischen Hypothekenrechts läßt sich nur geschichtlich verstehen. Wenn wir auch bisher geschichtliche Skizzen der einen oder anderen Art hatten, so fehlte doch bis jetzt eine zusammenhängende Darstellung nach den Grundsätzen der heutigen Rechtsgeschichte. Diesem Mangel wird von dem Verfasser in vorzüglicher Weise abgeholfen und damit unsere Kenntnis eines wichtigen Teils der germanischen Rechtsgeschichte in bedeutsamer Weise ergänzt. Das Grundpfand ist in England lange Zeit Nutzpfand gewesen und zwar entweder Todsatzung oder Zinssatzung. Die letztere galt streng genommen als Wucher, wurde aber bei den weltlichen Gerichten anerkannt und aufrechterhalten. Das ergibt sich aus der Darstellung Glanvillas. Die Zinssatzung wird auch hier vielfach zur Antichrese; nicht selten wird sie mit der Todsatzung in der Art verbunden, daß zuerst die Zinsen und dann das Kapital abgetragen werden. Daneben entwickelt sich das Proprietätspfand und zwar zunächst in der Art Glanvillas als Uebereignung unter einer aufschiebenden Bedingung: ist die Forderung verfallen, so kann der Gläubiger sich an das Gericht wenden, und dieses kann ihn in das Eigentum einsetzen; das Gericht fordert den Schuldner auf, innerhalb gewisser Zeit das Pfand einzulösen, ansonst der Pfandgläubiger Eigentümer wird. Enthält aber der Vertrag eine besondere Verfallklausel, so wird nach Ablauf der Zeit der Gläubiger von selber und ohne gerichtliche Beihilfe Eigentümer und ist im Besitz eines „freehold".

Zu Bractons Zeiten wurde dieses Proprietätspfand mit dem Nutzpfand in der Art verbunden, daß der Gläubiger das Pfand in Besitz und Genuß bekam; bei Zahlungssäumnis trat das Obige ein.

Diese Pfandformen haben später dem Grundpfand mit auflösender Bedingung Platz gemacht. Der Schuldner übertrug dem Gläubiger das Grundstück zu Lehen „feoffment" unter der Bedingung, daß, wenn die Schuld rechtzeitig bezahlt wird, der Schuldner wieder in den Besitz eintreten soll (re-enter). Bezahlt der Schuldner nicht, so ist das Land dem Gläubiger für immer verfallen.

Die eine wie die andere Art des Eigentumspfandes führte zu Härten; denn wenn der Wert der Sache viel höher war als die Schuldsumme, so machte der Gläubiger einen ungemessenen Gewinn. Daher hakte hier das Equity-Recht ein, und trotz des Verfalles gab es dem Schuldner die Möglichkeit, das Pfand einzulösen: „Equity of redemption". Dieses Recht bildete sich weiter; voll entwickelt finden wir es im XVII. Jahrhundert zur Regierungszeit Karls I.

Noch finden wir verschiedene, teilweise dem Auslande entlehnte Bildungen, teilweise eigen geschaffene Pfandformen, aber die eben angeführte Art des mortgage ist die herrschende geblieben, allerdings mit der Umbildung, daß dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben wird, das Grundpfand durch Verkauf zu verwerten und damit die Equity of redemption zu beseitigen, so daß ein endgültiger Zustand eintritt.

Koehne, Grundriß des Eisenbahnrechts mit besonderer Berücksichtigung Deutschlands, Oesterreichs und der Schweiz. Berlin, Otto Liebmann 1906.

Das Buch enthält eine sehr brauchbare Zusammenstellung der Eisenbahngesetzgebung; hervorzuheben ist außer dem preußischen Gesetz über die Eisenbahnhoheit das schweizerische Bundesrecht über Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen vom 24. Juni 1874.

Wadler, Die Verbrechensbewegung im östlichen Europa. 1. Band. Die Kriminalität der Balkanländer. München, Hans Sachs-Verlag (Otto Schmidt-Bertsch) 1908.

Wadler spricht von der Kriminalistik in den Balkanländern, welche sehr interessante Ergebnisse liefert; insbesondere sind hier die Körperverletzungen, namentlich die Tötungsdelikte, ganz ungeheuer verbreitet, was auf die eingewurzelte Selbsthilfe und Blutrache zurückzuführen ist, vor allem bei der ländlichen Bevölkerung, bei der städtischen sind die Diebstahlsdelikte vorwiegend.

Dr. Felix Somlo, Zur Gründung einer beschreibenden Soziologie. Verlag Dr. Walther Rothschild, Berlin 1909.

Die Soziologie als Wissenschaft will nicht, wie die Rechts-, Wirtschafts- oder Religionsgeschichte, bloß einige Gebiete des Geisteslebens, sondern das gesamte physische und seelische Leben der menschlichen Gemeinschaften erfassen; sie will darlegen, nach welchen Gesetzen

dieses Gemeinschaftswirken sich vollzieht. Es ist nicht zu bestreiten, daß die Zusammenfassung dieser Forschungen ihre Vorteile hat, weil Recht, Religion und Wirtschaft in naher Verbindung stehen, das eine das andere beeinflußt, und die Geschichte des einen nicht ohne das andere erkannt werden kann. Daher sind wir auch vollkommen damit einverstanden, daß die Rechtsforschungen stets mit der ganzen soziologischen Forschung in Verbindung bleiben sollen; was aber nicht ausschließt, daß die Rechtsgeschichte sich wiederum von der Soziologie absondert und ihre eigenen Wege geht; denn wenn auch alle menschlichen Wissenschaften schließlich zusammenkommen, so ist es doch von großem Werte, daß ein jedes Gebiet des menschlichen Geistes nach seinen ihm eigenen Kriterien von Personen erforscht wird, welche dieses Geistesgebiet nicht nur geschichtlich, sondern auch konstruktiv-dogmatisch und praktisch zu umfassen vermögen.

Der Verfasser drängt nach einer deskriptiven Soziologie, und in der Tat ist es das erste Erfordernis, daß möglichst alle Völker, soweit es angeht, nach ihrer soziologischen Seite hin erforscht und in ihren Eigenheiten dargelegt werden. Das ist die notwendige Grundlage für alle späteren Studien; auch ist es eine große Zeitersparnis, wenn solche Arbeit ein für allemal gemacht wird, so daß der künftige Forscher nicht mehr nötig hat, für jedes einzelne Gebiet Spezialuntersuchungen anzustellen, außer, soweit er sich im einen oder anderen Falle veranlaßt fühlt, das Gegebene nachzuprüfen oder zu vervollständigen.

Die Klassifikation des großen Materials hat natürlich nach denselben Grundsätzen zu geschehen, wie die Klassifikation in den Wissenschaften überhaupt, also in der Art, daß die klassifikatorischen Elemente möglichst fruchtbar sind, so daß man aus ihnen infolge der Zusammenhänge und der in ihnen hervortretenden Seelenstimmungen von selber recht viel herauslesen kann.

Die Behauptung Durkheims, daß ein und dasselbe Volk im Gang der Entwicklung nicht verschiedene Typen der soziologischen Entwicklung darstellen könne, ist mit dem Verfasser zurückzuweisen.

Louis Crémieux, La justice privée, Paris.

Das vorliegende Werk sucht die Selbsthilfe und zwar die berechtigte Selbsthilfe, wie sie jahrhundertelang bei den Völkern

bestanden hat, zu schildern und in ihrer Bedeutung und zugleich auch in ihrer Schwäche darzulegen. Das Buch bietet manches Annehmbare, aber keine wesentlich neuen geschichtlichen oder philosophischen Resultate von Bedeutung.

Seite 92 ist Cinus da Pistoja unrichtig als Schüler des Bartolus erwähnt.

Auf die französische Jurisprudenz und auf ihre Bestrebungen, sich die Möglichkeit zu verschaffen, trotz des Art. 1142 eine Verpflichtung zum Tun durch Strafe zu erzwingen, habe ich schon längst vorher in meiner Abhandlung über Ungehorsam und Vollstreckung hingewiesen.

De Genouillac, Tablettes Sumériennes Archaiques. Matériaux pour servir à l'histoire de la Société Sumérienne. Librairie Paul Geuthner, Paris.

Es ist schon längst festgestellt, daß vor der ältesten uns bekannten babylonischen Dynastie des Sargon von Agade sumerische Reiche bestanden, vor allem das Reich von Lagash (das heutige Tello), und hier sind bereits von früher her verschiedene Herrscher bekannt, nämlich: Ur-Nina, Akurgal, Eannatum, Enannatum I, Entemena und Enannatum II.

Der Verfasser unserer Schrift bietet in einer ausführlichen Einleitung geschichtliche und kulturgeschichtliche Darstellungen aus jener sumerischen Zeit und zählt noch eine Reihe anderer Herrscher auf und zwar: Enlitarzi, Lugalanda und Urukagina, von denen der letztere als ein Neuerer und Reformer hervortritt und wohl als der Stifter einer neuen Dynastie zu betrachten ist.

Unter den interessanten Ergebnissen seiner Schrift zeigt sich insbesondere die Erscheinung, daß der frühere Fürst nach dem Antritt seines Nachfolgers öfters eine Zeitlang als Patesi mit religiösen Funktionen weiter fungierte. Die Sache ist nicht genau aufgeklärt; möglicherweise haben wir hierin einen Fall der im Leben der Völker nicht seltenen Teknonomie zu erkennen, bei welcher nach Geburt eines Sohnes sofort oder nach einiger Zeit die Herrschaft auf den Sohn übergeht. Der Vater hat dann noch administrative und möglicherweise auch religiöse Funktionen.

Für das Privatrecht bedeutsam sind namentlich die Bemerkungen über die Familie. Die Ehe war, wie in der babylonischen Zeit, Frauenkauf, der Frauenpreis hieß sumerisch nig-sal-us-sa,

d. h. dasjenige was dem Schwiegervater (sal-us-sa) bezahlt wird. Besonders wichtig ist, daß wir hier noch Erinnerungen an Vielmännerei finden, die allerdings mit schwerer Strafe bedroht wird. Die Ehescheidung durch den Mann ist, wie in der babylonischen Zeit, möglich, aber gegen Geldverlust, und es geht aus den Urkunden hervor, daß vor der Zeit des Urukagina in einem solchen Falle auch der Patesi und der Großwesir Strafen einzuziehen pflegten. Die Sklaverei war schon damals bekannt, und es wird, wie in der babylonischen Zeit, der Chirurg erwähnt, der die Sklavenmarke einritzt. Der Wert des Sklaven war nicht gerade sehr hoch; er überstieg nicht den Wert eines Esels. Kauf und Tausch werden bereits erwähnt, und beim Kauf wird, wie in der babylonischen Zeit, neben dem Kaufpreis Geschenk und Zusatzpreis angegeben.

Der Kult war ein Vielgötterkult mit starker Hervorhebung der Gottespersönlichkeit. Die Schutzgötter der Stadt werden natürlich besonders ausgezeichnet und besonders verehrt: es sind Ningirsu und Bau. Der Priesterstand ist stark entwickelt; neben dem Priester fungiert der Wahrsager und Prophet. Die Toten werden teils beerdigt, teils verbrannt, und es werden ihnen verschiedene Gegenstände, insbesondere Speise und Trank mitgegeben.

Das Fürstentum zeigt bereits einen starken Pomp. Fürst, Fürstinnen und Fürstenkinder haben einen Hofstaat, und eine ganze Hierarchie von Beamten läßt sich feststellen, an der Spitze der Palastinspektor, Nubanda.

Die von dem Verfasser mitgeteilten, umgeschriebenen und übersetzten Urkunden sind Verzeichnisse, Register, Rechnungsaufstellungen, die auf verschiedene Seiten des sumerischen Lebens ein helles Licht werfen.

Wer den ungeheuren Einfluß der sumerischen Kultur auf die babylonische erfaßt hat, der wird derartige Darstellungen des sumerischen Lebens mit dem größten Interesse verfolgen.

Dr. jur. Joseph Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht I. Verlag von B. G. Teubner, Leipzig 1909.

Die ἐγγύη des griechischen Rechtes ist lange Zeit mißverstanden worden unter jener verkehrten Auffassung der Rechtsgeschichte, welche die oft sehr einseitige und jedenfalls nur einen be-

stimmten, bereits sehr weit vorgeschrittenen Stand der Rechtskultur aufweisende Behandlung des römischen Rechts zu Grunde legte. Zuerst hat das germanische Recht und sodann vor allem die vergleichende Rechtswissenschaft Bresche gelegt und gezeigt, daß die geschichtlichen Einrichtungen der Völker sich ganz anders gestalteten, als sie sich im römischen Rechte darstellen, und daß das römische Recht schon zuzeiten der XII Tafeln eine Bildungsstufe zeigt, die für die meisten Völker nicht mehr als Vergleichstypus angesehen werden kann.

Die ἐγγύη des griechischen Rechtes war natürlich ursprünglich nicht eine römisch-rechtliche fidejussio, sondern eine Vergeiselung im Sinne des germanischen Rechtes, wonach der Gläubiger die Befugnis hatte, den Bürgen zu fassen und ihn wie ein Pfand zu behandeln. Außerdem ist die Bürgschaft auch nicht als eine Haftung für Eigenzahlung gedacht, sondern als eine Haftung für die Zahlung des Schuldners, also für die Tätigkeit eines Dritten — eine Anschauung, die auch unsere heutige Bürgschaft beherrscht und sie wohl von der Gesamtschuld unterscheidet. Erst später hat sich dann die Sache weiter dahin entwickelt, daß der Bürge zugleich Schuldner der betreffenden Summe wurde, also eine Art von Selbstschuldner, und zwar entweder auf Grund besonderen Schuldversprechens, oder wie im athenischen Rechte, von selbst, kraft des fortgeschrittenen Rechtsbegriffs.

Daraus ergibt sich von selbst, daß der Bürgschaftsvertrag ebensowenig im griechischen wie im germanischen Rechte ursprünglich auf die Erben überging. Die Hauptsache war die Haftung, und diese war eine persönliche. Auf die Erben ging nicht die Haftung, sondern die Schuld über. Im griechischen Rechte finden wir zudem, wenigstens in Gortyn, die Erbenhaftung nur als Sachenhaftung, nicht als Personenhaftung entwickelt.

Aus dieser Gestaltung der Bürgschaft ergibt sich auch, daß der Rückgriff des Bürgen auf den Hauptschuldner besonders streng ist und mitunter auf mehr geht, als auf die Schuld, jedenfalls auf den vom Bürgen erlittenen Schaden.

Natürlich haben sich die Gläubiger auch hier nicht entgehen lassen, die Betreibung gegen den Bürgen durch Vertragsklausel zu erleichtern. Außer der Klausel καθάπερ ἐκ δίκης findet sich noch die Klausel τρόπῳ ᾧ ἂν βούληται (oder δύνηται), was den bekannten ger-

manischen Klauseln entspricht, daß der Gläubiger das Recht haben soll, in das Vermögen des Schuldners einzutreten und sich darin in beliebiger Weise zu befriedigen.

Der Verfasser spricht in seiner Darstellung auch von der Schuldhaftung und Selbstverpfändung des Schuldners und zeigt, wie die Haftung mit Leib und Leben im Altertum durchaus nichts Vereinzeltes gewesen ist.

Hervorheben will ich hier noch eine Mitteilung, die der Verfasser der Schrift von G. L. v. Maurer über das griechische Volk (1835, S. 188 und 206) entnimmt und die mir seinerzeit bei meinem Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz entgangen war. Es wird hier auf Grund einer Enquete festgestellt, daß in einem Teile Neu-Griechenlands bei Darlehensverträgen die schriftliche Klausel üblich war, daß der Gläubiger, wenn die Summe nicht bezahlt wurde, zu einem oder mehreren Morden gegenüber der Familie des Schuldners autorisiert war. Ich glaube, daß man nun endlich aufhören wird, in ganz ungeschichtlicher Weise die Bestimmungen der XII Tafeln über das partes secanto in ihrer brutalen Fassung als unmöglich zu erklären oder die Entwicklung in meinem Shakespearebuche zu bemängeln.

Der vorliegende erste Band handelt von dem Rechte des altgriechischen Gemeindestaates; die Fortsetzung ist hoffentlich bald zu erwarten.

Walter Otto, Priester und Tempel im hellenistischen Aegypten. II. Bd. Verlag von B. G. Teubner, Leipzig 1908.

In diesem zweiten Bande (über den ersten vgl. Zeitschr. f. vergl. Rechtswissensch. XIX, S. 444) wird namentlich ausführlich von der Tempelverwaltung gesprochen, was den Verfasser über das Gebiet hinaus zu einer Darstellung der Kirchenpolitik der Ptolemäer führt. Ihre Absicht ging dahin, auf der einen Seite das Kirchentum zu stützen, auf der anderen Seite aber es möglichst unter staatliche Aufsicht zu stellen, weshalb ein großer Teil der Verwaltung des Kirchenvermögens durch den Staat geführt und auch Priester von Staats wegen bezahlt wurden, wenn auch nicht direkt, so doch durch Vermittlung der Tempelkasse. Auch über den Bildungsstand des Priestertums finden sich einige wichtige Erörterungen.

Dr. jur. H. Zeller, Das Seerecht von Oléron, nach der Handschrift von Troyes; nach der Handschrift von Paris; nach der Handschrift von Rennes. (Mainz, Diemer.)

Die Wiedergabe dieser Redaktionen des neben dem Konsulate berühmtesten Seerechts des Mittelalters ist schätzenswert, und die beigefügte Uebersetzung und das Glossar werden zum Verständnis auch für diejenigen beitragen, welche in dieser Materie Neulinge sind.

Die Arbeiten bieten eine schätzenswerte Vorbereitung für eine Neuherausgabe der seerechtlichen Quellen, welche ein dringendes Bedürfnis zu werden beginnt.

Dr. Jaroslav Demel, Geschichte des Fiskalamtes in den böhmischen Ländern. Wagnersche Universitätsbuchhandlung Innsbruck 1909.

Wie in Oesterreich, hat sich auch in Böhmen das Fiskalamt entwickelt als eine Behörde zur Wahrung der Rechte des Herrschers nach verschiedenen Richtungen hin, namentlich auch, wenn es sich um die Sicherung des an den Herrscher oder Staat angefallenen Vermögens oder um die Interessen von Personen handelte, welche hauptsächlich der Fürsorge des Herrschers unterstanden. Von ganz besonderer Bedeutung ist es, daß auch hier, ebenso wie in Frankreich und in Spanien, das Fiskalamt sich auf das strafrechtliche Gebiet hinübergepflanzt hat, denn es galt als Aufgabe des Vertreters des Herrschers, dafür zu sorgen, daß die schuldigen Verbrechenstrafen eingetrieben und zu diesem Zwecke auch Verbrechen, die etwa ohne Privatkläger blieben, verfolgt wurden. So finden wir das böhmische Fiskalamt, insbesondere seit der Kammerinstruktion vom Jahre 1530 und den weiteren Bestimmungen von 1548, 1564, 1605 und 1617, auch als Behörde der Strafklage. Mitunter geht das Bestreben über den ursprünglichen Rahmen hinaus, und es wird als Sache des Fiskalamts betrachtet, nicht nur dafür zu sorgen, daß Strafgelder eingehen, sondern auch dafür, daß in Fällen gestraft wird, wo der Kaiser als Schutzherr der Christenheit oder überhaupt in seiner Eigenschaft als Kaiser und König für Recht und Sitte einzutreten hat.

Der Verfasser erörtert diese Materie bis zum Jahre 1620 gründlich unter reichlicher Hinzuziehung von archivalischem Material.

Dr. Richard Finger, Die Kunst des Rechtsanwalts. Verlag von Struppe u. Winckler, Berlin 1908.

Die Rechtsanwaltschaft ist insofern eine Kunst, als die Art ihrer Ausübung nicht nur Kenntnis, sondern neben vollständiger sittlicher Integrität ein richtiges Taktgefühl und eine intuitive Gabe für das im einzelnen Falle Zulässige und Zweckdienliche voraussetzt. Davon handelt der Verfasser bezüglich der Zivilanwaltschaft in einer Reihe belehrender und aus reicher Erfahrung hervorgehender Essays. Die Tätigkeit im Strafprozeß bedürfte weiterer gründlicher Erörterung, da gerade in dieser Beziehung sehr große Schwierigkeiten hervortraten, die sich bei der Verwicklung des modernen Lebens mehr und mehr zugespitzt haben.

In Kapitel 3 wird von der Prävarikation gehandelt. Hier nimmt der Verfasser an, daß die Bestimmung des § 31 der R.A.O., wonach der Anwalt seine Berufstätigkeit dann zu versagen hat, wenn sie bereits für eine andere Partei im entgegengesetzten Interesse stattfand, nicht unbedingt bindend sei, sondern durch den Willen der Auftraggeber beseitigt werden könne. Dies muß als unrichtig betrachtet werden: daß der Anwalt in Bezug auf beide Teile insofern wirken darf, als er beide zur Verständigung und Beratung bei sich vereinigt, ist selbstverständlich; denn hierdurch handelt er gerade im Interesse seiner Partei, nicht der anderen. Würde er sich aber für einen hierbei abgeschlossenen Vergleich von der Gegenpartei bezahlen lassen, dann wäre dies eine Pflichtwidrigkeit.

Dr. Ernst Blumenstein, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes. 1. Lieferung. Verlag von K. J. Wyß, Bern 1909.

Schuldbetreibungs- und Konkurswesen hat in der Schweiz durch Einsetzung der Betreibungs- und Konkursämter eine besondere formale Gestaltung gefunden, was sehr wohl rechtfertigt, daß hierüber eigene konstruktive Untersuchungen geführt werden. Der Verfasser hat solche begonnen und spricht in der 1. Lieferung wesentlich von der Organisation der Behörden, namentlich auch von den Aufsichtsbehörden und von dem Verhältnis der Aemter zu den Gerichten. Daß trotz alledem das Betreibungs- und Konkursverfahren dem Prozeß- und nicht dem Verwaltungsrecht angehört, kann meines Erachtens nicht bezweifelt werden.

Dr. Alfred von Overbeck, Die Erscheinungsformen des Verbrechens im Lichte der modernen Strafrechtsschule. Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig 1909.

Der Verfasser zeigt, zu welchen ganz unhaltbaren Folgerungen eine Lehre führt, welche den Verbrecher nicht wegen des Verbrechens, sondern wegen seiner im Verbrechen kundgegebenen schlechten Gesinnung bestraft. Es würde daraus folgen, daß, da jedes Verbrechen doch nur eine symptomatische Bedeutung hätte, auch in anderen Fällen sozialwidriger Gesinnung gestraft werden müßte. Und die Lehre, daß das Strafgesetzbuch als Magna charta der Verbrecher einen gewissen Freiheitsschutz zu geben habe, ist offenbar unzureichend; denn es wäre nicht einzusehen, warum der Freiheitsschutz gerade dadurch gewährt werden sollte, daß man in die Gesinnungslehre die Verbrechenstatbestände hineinwürfe. Daß die Schule, welche die Gesinnung bestraft, den Unterschied zwischen Versuch und Vollendung, ja sogar zwischen Versuch und Vorbereitungshandlungen möglichst verwischen muß, versteht sich von selbst; hierdurch würde das Ergebnis jahrhundertelanger Bestrebungen einfach preisgegeben.

Ludwig Bendix, Fahnenflucht und Verletzung der Wehrpflicht durch Auswanderung. Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig 1906.

In den Bancroftverträgen findet sich allgemein die Bestimmung, daß ein naturalisierter Angehöriger des einen Teiles nach seiner Rückkehr in das Gebiet des anderen Teiles wegen solcher Handlungen bestraft werden könne, welche er vor seiner Auswanderung verübt hat. Hiernach hat man gefragt, ob, wenn mit der Auswanderung eine Verletzung der Wehrpflicht verbunden ist, diese als ein der Auswanderung vorhergehendes Delikt bestraft werden könne; was der Verfasser mit Recht verneint: denn die Verletzung der Wehrpflicht erfolgt entweder durch die Auswanderung selbst oder durch Umstände, welche der Auswanderung nachfolgen.

Daneben werden von dem Verfasser noch andere wichtige Fragen erörtert, namentlich auch die Frage über den Verlust der Staatsangehörigkeit. Ich halte nach wie vor daran fest, daß die einzig richtige und der menschlichen Freiheit entsprechende Lösung darin besteht, daß man einem jeden gestattet, auf seine Staatsangehörigkeit zu Gunsten eines anderen Staates zu verzichten,

und daß die Staatsangehörigkeit nicht als ein der Verfügung des Einzelwesens entzogener character indelebilis zu betrachten ist. Daß die Bancroftverträge, welche der Verfasser in ihrem Wortlaut bringt, mit dem Norddeutschen Bund, Bayern, Württemberg, Baden und Hessen, nicht aber mit dem Deutschen Reich abgeschlossen und auch von diesem nicht übernommen sind, hat namentlich bezüglich Elsaß-Lothringens große Schwierigkeiten zur Folge.

Dr. phil. Otto Karmin, Zur Lehre von den Wirtschaftskrisen. Karl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg 1905.

Der Verfasser sucht nachzuweisen, daß unter der herrschenden Kapitalordnung die Wirtschaftskrisen eine gewisse Naturnotwendigkeit seien und auch nicht in bedeutendem Maße eingedämmt werden können. Er hebt richtig hervor, daß, wenn die Preise fallen und infolgedessen das Einkommen der Produzenten sich verringert, gerade der circulus vitiosus einzutreten pflegt, daß die Produzenten durch eine Mehrproduktion mit geringerem Verdienst den Ausfall wieder einbringen wollen, wodurch dann gerade die Wirtschaftskrise in heftigem Maße beschleunigt wird.

Eduard von Hartmann, Die sozialen Kernfragen, II. u. III Bd. Verlag Deutsche Bücherei, Berlin.

Der verstorbene große Philosoph war zu gleicher Zeit ein außerordentlicher Kenner der praktischen Verkehrsverhältnisse, was mir bei seinem zurückgezogenen Lebenswandel stets ein Gegenstand aufrichtiger Bewunderung war. Namentlich hat er die soziale Frage nach allen Richtungen hin gründlich durchdacht. Auch die anliegenden Schriften sind lesenswert und zeugen von tiefgreifendem Verständnis. Ich verweise beispielsweise auf die Ausführungen über die Absatzkrisen Bd. II, S. 167 ff.

Dr. Eugen Frhr. v. Müller, Der Deutschenspiegel in seinem sprachlich-stilistischen Verhältnis zum Sachsenspiegel und zum Schwabenspiegel. Heidelberg, Winter. 1908.

Der Verfasser spricht hauptsächlich vom philologischen Standpunkte aus über die Art und Weise, wie der Deutschenspiegel den Sachsenspiegel benutzt und wie aus diesem wieder der Schwabenspiegel hervorgegangen ist; woraus sich manche juristische Streiflichter ergeben.





